التوضيح

شرح مختصر ابن الحاجب

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

رحمه الله تعالى

(ت/٧٧٦ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه
وخرج أحاديثه وعلق عليه

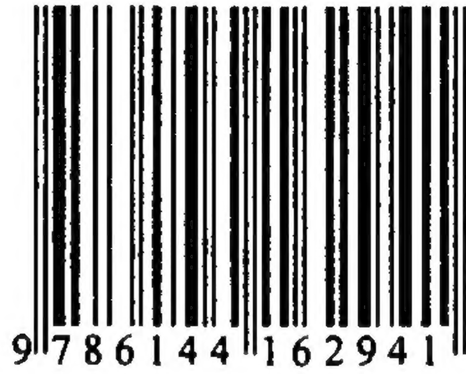
أبو الفضل الدمياطي
أحمد بن علي

المجلد الخامس

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء

الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م



ISBN 978-614-416-294-1

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 022-442931/ فاكس: 022-442935
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

التَّوضِيحُ

شَرْحُ مُخْتَصَرِ ابْنِ الحَاجِبِ

(٥)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحجر

الحجر : أَسْبَابُهُ : الصِّبا ، والْجُنُونُ ، والتَّبْذِيرُ ، والرِّقُّ ، والْفَلَسُ ، والْمَرَضُ ، وَالنِّكَاحُ فِي الزَّوْجَةِ ....

هذا مصدر حجر يحجر بضم الجيم وكسرها ، وحقيقته لغةً : المنع ، وشرعاً : منع المالك التصرف في ماله لمصلحة نفسه أو غيره ، وذكر المصنف له سبعة أسباب .

ومفهوم العدد يقتضي الحصر فيها ، وينتقض عليه بالحجر على الراهن لحق المرتهن ، وبالحجر على المرتد .

وَيَنْقَطِعُ الصِّبَا بِالْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ بَعْدَ الاخْتِبَارِ

وينقطع حجر الصبا على حذف مضاف بمجموع البلوغ والرشد ؛ لقوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[النساء : ٥] .

ابن العربي(١) : الابتلاء هو الاختبار والتحصيل لمعرفة ما غاب من علم العاقبة ، والرشد لا يعرف إلا بالاختبار .

ابن رشد(٢) **والمازري** : ويكون الاختبار بعد البلوغ على المشهور ، وقال أبو جعفر الأبهري وغيره من البغداديين : يكتفى به قبله .

وقوله : (**بَعْدَ الاخْتِبَارِ**) في محل حال ، فإن جعل حالاً من البلوغ لزم أن يكون كلام المصنف موافقاً لقول أبي جعفر ، وإن جعل من الرشد أو منهما احتمل المشهور والشاذ .

ولا خلاف أنه لا يخرج من الحجر قبل البلوغ وإن ظهر رشده .

فإذا بلغ فإما أن يكون أبوه قد حجر عليه وأشهد بذلك أم لا ، فإن حجر عليه فحكمه كمن لزمته الولاية فإن لم يحجر عليه ، فإما أن يعلم رشده أو سفهه ، فإن علم أحدهما عمل عليه ، وإن جهل فالمشهور أنه محمول على السفه .

وروى زياد وابن غانم عن مالك أنه محمول على الرشد ، وأخذ من قوله في نكاح

---

(١) أحكام القرآن (١/ ٤١٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٨٣) .

«المدونـة »(١) : إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شـاء ، لكن تأوله الشيخ أبو محمد على أن المراد بنفسه لا بماله .

وقال ابن العطار : هو على السفـه إلى عام ، فعلى هذا الحجر عليـه ما لم يتم العام ، وقـال في «المقدمـات»(٢) : وروي عن ابن العطار أيضاً أنه يجوز للرجل تسـفيه ولده بعد البلوغ إلا أن يكون معروفاً بالرشد ، ولم يفرق بين القرب والبعد .

وحكى غيره من الموثقين أن تسفيهه جـائز ، وإن لم يعلم سفهه ، إذا كان بحداثة بلوغه قبل انقضاء عامين .

تنبيه : ما ذكره المصنف من انقطاع حجـر الصبي بالبلوغ والرشد إنما هو في حق ذي الأب ، وأما ذو وصي أو مقـدم القاضي فلا ينفك الحجر عنه إلا بإطلاقـه من الحجر ، ثم الوصي الذي من قبل الأب له الإطلاق ويصدق فيـما يذكر من حاله ، وإن لم يُعرف ذلك إلا من قوله ، وقـال ابن القاسم في «العـتبـية»(٣) : لا يجوز إطـلاقه إلا أن يتبـين حاله ويعرف رشـده ، وأما المقـدم من جهـة القاضي فالمشـهور على مـا قاله المازري وغـيره أنه كوصي الأب؛ لأن القاضي جبر به الخلل الكائن بترك الأب تقديم وصي لهذا الابن .

وقال ابن زرب : هو كوكيل عن القاضي ، فلا يكون له الإطلاق إلا بإذن من القاضي، إلا أن يكون معروفاً بالرشد .

وحكى ابن رشد (٤)وغيره قولين - إذا قلنا إنه يطلقه دون إذن القاضي -: هل يشترط أن يعرف رشده أو لا [يشترط] ذلك ؟

فإن قلت : لم جعلتم الوصي على المشهور أقوى من الأب وهو فرعه ؟

قـــيل : لأن الأب لما أدخله في ولاية الوصي كـان بمنزلة ما لو حجـر عليه ، وهو لو [حجر] عليه لم يخرجه إلا الإطلاق .

ويعرف الرشد بوجهين :

أحدهما : أن يتأمل أحوال يتيمه ويحصل له العلم بنجابته .

---

(١) « المدونة » (٤/ ١٥٧) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣٤٩) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٨٣) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ٣٤٩) .

الثاني : أن يدفع إليه شيئاً من ماله يجربه به في التجارة ، فإن نماه وحسن القيام به سلم إليه جميع ماله وإلا استمر عليه الحجر ، قاله ابن العربي .

وَفِي الأُنْثَى بِأَنْ تَتَزَوَّجَ وَيَدْخُلَ بِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ ، ثُمَّ تُبْتَلَى بَعْدَهُ سَنَةً ، وَقِيلَ : كَالذَّكَرِ

دل قوله : (**وَفِي الأُنْثَى**) أن الكلام المتقدم في الذكر تقديره : وينقطع في الذكر بكذا ، وفي الأنثى بالرشد ، وأن تتزوج ويدخل بها زوجها ؛ لأنها قبل ذلك محجوبة عن الناس والتصرف ، ومراده بالأنثى ذات الأب .

و (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى دخول الزوج .

(**وَقِيلَ : كَالذَّكَرِ**) يحتمل أن يريد به أنه ينقطع عنها بالبلوغ والرشد ، وهو ظاهر كلامه وهو قول حكاه المازري واللخمي ، وذكر أنه وقع لمالك في كتاب الحبس من «المدونة» .

وقال ابن راشد : قوله : (**وَقِيلَ : كَالذَّكَرِ**) يريد أنها تخرج بمجرد البلوغ ، وهي رواية ابن غانم وزياد عن مالك .

قال في «المقدمات»[1] : ومعنى هذه الرواية عندي إذا علم رشدها أو جهل حالها ، وأما إن علم سفهها فهي باقية في ولايته .

وقوله : (**ثُمَّ تُبْتَلَى بَعْدَهُ**) ؛ أي بعد الدخول .

(**سَنَةً**) : وظاهره أنه لا يكفي مضي العام بعد الدخول إذا لم يكن الاختبار مستوعباً فيه، وأنه لابد من أن يكون الاختبار في مجموع السنة ، وفي هذه المسألة - أعني في الحد الذي تخرج به ذات الأب من الحجر - أقوال :

أولها : ما ذكره المصنف أنها في ولاية أبيها حتى يمضي لها العام ونحوه بعد الدخول ، وهو قول مطرف في «الواضحة »، فتكون أفعالها قبل العام مردودة ما لم يعلم رشدها ، وبعده جائزة ما لم يعلم سفهها .

ثانيها : أنها في ولايته حتى يمر لها عامان ، وهو قول ابن نافع .

ثالثها : حتى تمضي لها سبعة أعوام ، [وعزي لابن القاسم ، وبه جرى العمل عند أهل قرطبة .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٥٢) .

وقال ابن أبي زمـنين : الذي أدركت عليه الشيوخ أنها تـخرج من الولاية بمضي سـتة أعوام] إلا أن يجدد الأب عليها سفها قبل ذلك ، [وهو قول **رابع** .

خامسها] : وهو المشهور على ما في «البيان»(١) أنها في ولايته حتى يشهد العدول على صلاح أمرها ، وهي على هذه الرواية مردودة الأفعال قبل دخول زوجها وإن علم رشدها، فإن دخل بها زوجها وعلم رشدها خرجت من ولاية أبيها ، وإن كانت بقرب بنائه ، قال : وهذا قول مـالك في «الموطأ» (٢) و«المدونـة»(٣) و«الواضحة» ، واسـتحب مالك في رواية مطرف أن تؤخر إلى العـام من غير إيجاب ، ونحوه لعـياض في باب النكاح ، ولكنه زاد بعد أن عين المشهور أنها لا تخرج إلا بالدخول ومعـرفة صلاح حالها ، فقال : ومعناه أنها لا يعرف سفهها ، انتهى .

وعلى هذا فلا يشترط أن تشهد العدول بصلاح الحال [بل بعدم] السفه .

سادسـها : أنها في ولاية أبيها ما لم تعنس أو يدخل بهـا زوجها أو يعرف من حالها ، وسيأتي الخلاف في سن تعنيس ذات الأب إثر هذه حيث تكلم المصنف على المعنسة ، وقال المازري : المشهور من المذهب أن الثيب من النسوان البالغ تحمل على الرشد .

واختلفت إشارات المذهب عند بعض أشـياخي في مجرد الدخول ، هل يقتـصر عليه ؟ أو لابد من اختبار حالها بعد الدخـول ؟ وروى بعض أشياخي أن البدوية لا يوسع لها بعد الدخول كما يوسع في ذلك في بنات كبار التجار .

وعلى هذا فما قدمه المصنف خلاف المشـهور ، وقرأ بعضهم قول المصنف : **(ثُمَّ تُبْـتَلَى بَعْــدَهُ سَنَةً)** بالتاء لا بالنون ليوافق ما جرى به العـمل على ما حكاه ابن أبي زمنين ، وفيه بعد .

تنبيه : قول ابن أبي زمنين : مـا لم يجدد الأب الحجر عليـها ، يدل على أن له أن يجدد الحـجر عليهـا ، وإليه ذهب ابن زرب وابن العطار ، وقال الأصـيلي وابن القطان : ليس له ذلك إلا بإثبات سفـهها ، وعلى الأول فلو أوصى عليها حـينئذٍ ، ثم تراخى موته حتى بلغت الحد الذي تجوز فيه أفعالها فقولان :

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٨٢) .

(٢) « الموطأ » (٢/ ٥٢٥) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٤/ ٤٠) .

أحدهما : أن إيصاءه عليها لازم كتجديد الحجر عليها الذي لا ينفك إلا بإثبات رشدها بالبينة العادلة .

وثانيهما : أن ذلك غير لازم بخلاف تجديد السفه، وقالوا : ذلك بمنزلة الأب يولي على ابنته وهى بكر ثم يزوجها ، فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت ، أن الإيصاء ساقط .

ابن راشد: لا أعلمهم اختلفوا في لزوم الولاية عليها إذا أوصى عليها بعد دخول زوجها، ثم مات بعد بلوغها الحد الذي هو وقت خروجها من ولايته، ولا يبعد دخول الاختلاف في ذلك بالمعنى، قال: وأما إن أوصى على ابنته وهي صغيرة أو بكر ثم مات وهي بكر قبل دخول زوجها بها قبل مضي المدة المؤقتة لخروجها من ولايته ، فالولاية لها لازمة .

فَأَمَّا الْمُعْنِسَةُ فَالرُّشْدُ لا غَيْرُ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِلا أَنْ تَكُونَ بِأَبٍ أَو وَصِيٍّ

يعني : أن الذي تقدم إنما هو في بكر لم تعنس .

وأما المعنسة فيكتفى فيها بالرشد وجعلوا [علو السن] يقوم مقام التزويج ، وسواء كانت ذات أبٍ أو وصي أو مهملة .

ولهذا قال : (**ابْنُ الْقَاسِمِ... إلخ**) أي إنما يكتفى بالرشد في المهملة ، وأما ذات الأب والوصي فلا، وهذا هو المعروف من قول ابن القاسم، والذي في «المدونة»(1) أنه يجوز فعل المعنسة إذا أنس منها الرشد ، وإن لم يجزه أبوها ، وقال مالك : يجوز إن أجازه الأب .

وقال في رواية عبد الرحيم : يجوز بشرط التعنيس فقط ، ولهذا قال بعضهم في «المدونة» في هذه الصورة ثلاثة أقوال :

الجواز بشرط التعنيس فقط ، وهي رواية عبد الرحيم .

والجواز بشرطين التعنيس وإيناس الرشد ، وهو قول ابن القاسم .

والجواز بثلاثة شروط ، فيزاد إلى ذلك إجازة الأب ، وكلام اللخمي وابن رشد ينافيه؛ لأنهما جعلا قول مالك أن إجازة الأب في من جهل حالها، قال في «المقدمات»(2) :

---

(1) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٧٦) .

(2) « المقدمات » (٢/ ٣٥٤) .

والمشهور المعمـول به أنها إذا كانت يتيمة وهي ذات وصي من قبل الأب أو مـقدم من جهة القاضي أنها لا تخرج من ولايته وإن عنست وتزوجت ودخل بهـا زوجها وحسن حالها ما لم تطلق من الحجر ، قال ابن الماجشون : حالها مع الوصي كالأب في خروجها من ولايته بالتعنيس أو النكاح مع طول المدة وتبيين الرشد .

واختلف في حد التعنيس فقيل : ثلاثون ، وقيل : خمس وثلاثون ، وقيل : أربعون، وقيل : من الخـمسين إلى الستين ، والتعنيس مـأخوذ من التكسيل والعجـز ؛ لأن الغصن الرطب إذا مر عليه الزمان ذهبت مائيته وانكسرت نعمته وحط لونه .

فرع :

لم يتعرض المصنف للمهملة إلا إذا كانت مـعنسة ، قال في «المقدمات» : واختلف في اليتيمة التي لم يولَّ عليها أب ولا وصي على قولين :

الأول : أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في «العتبية»[١] ، وقول غير ابن القاسم في «المدونة» ورواية زياد عن مالك .

والثاني : أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو مذهب «المدونة» ؛ لأن فيها لا يجوز حتى تعنس وتقعد عن المحيض ، أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها على الرشـد ، قيل : أقصاها العام وهو قول ابن الماجـشون وإليه ذهب ابن العطار في «وثائقه» ، وقيل : ثلاثة أعوام ونحـوها ، وقال ابن أبي زمنين : الذي أدركت عليه العمل : لا يجوز فعلها حتى تمر بها السنتان والثلاث .

[وفي حد تعنيس اليتيمة خمسة أقوال :

الأول : لابن نافع أقل من ثلاثين .

الثاني : لابن الماجشون ثلاثون .

الثالث : لمالك في رواية مطرف وابن القاسم] في رواية أصبغ أربعون .

الرابع : لابن القاسم من رواية سحنون عنه من الخمسين إلى الستين .

الخامس : حتى تقعد عن المحيض ، وهو قوله في «المدونة» ، انتهى .

وَبُلُوغُ الذَّكَرِ : بِالاحْـتِلامِ أَو بِالإِنْبَاتِ ، أَو بِالسِّنِّ - وَهيَ ثَمَـانِيَ عَشْرَةَ ، وَقِـيلَ : سَبْعَ

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٤٨٤) .

عَشْرَةَ ، وَقِيلَ : خَمْسَ عَشْرَةَ - وَتَزِيدُ الأُنْثَى بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ

حاصله أن للبلوغ خمس علامات ، وقد تقدم الكلام عليها في النكاح ، والمشهور أن ما ذكره أن الإنبات علامة ، قاله المازري وغيره ، ودليله حديث بني قريظة ، ولمالك في كتاب القذف أنه ليس علامة على البلوغ ، ونحوه لابن القاسم في كتاب القطع .

وجعل في «المقدمات»[1] هذا الخلاف فيما بينه وبين الآدميين ، قال : وأما فيما بينه وبين الله من وجوب الصلاة ونحوها فلا خلاف أنه ليس بعلامة .

وَيُصَدَّقُ فِي الاحْتِلَامِ مَا لَمْ تَقُمْ رِيبَةٌ ، وَالإِنْبَاتُ مِثْلُهُ ، وَقَوْلُ ابْنِ الْعَرَبِيِّ : يُنْظَرُ فِي الْمِرْآةِ - غَرِيبٌ ....

لَمَّا ذكر علامات البلوغ شرع في ذكر معرفتها قال في «الجواهر» : وأما السن فبالعدد ، وأما الاحتلام فيصدق فيه ما لم تقم ريبة ؛ إذ لا يعرف إلا من جهته ، وسواء كان طالباً كما لو ادعى أنه بلغ ليأخذ سهمه في الجهاد ، أو مطلوباً كما لو جنى جناية وادعي عليه البلوغ ليقام عليه حدها وأنكر هو ذلك .

وأما الإنبات، فقال ابن العربي[2] : يكشف عن عورته ويستدبره الناظر فينظر في المرآة .

وأنكره ابن القطان المحدث المتأخر ، وقال : لا يجوز النظر إلى العورة ولا إلى صورتها، ولعل المصنف أطلق الغرابة عليه لهذا الإنكار ، وإن أراد لأنه لم يقله غيره وكثيراً ما يطلق المحدثون على الحديث الغرابة لهذا المعنى ؛ ففيه نظر ؛ لأن عبد الوهاب حكاه عن بعض شيوخه في كتاب الأحكام له أنه قال بذلك في عيب المرأة في النكاح : أنه تجلس امرأتان خلف المرأة كما ذكرنا .

خليل : ولو قيل : يحبس على الثوب كما قيل في العنة ما بعد .

وَالرُّشْدُ : أَنْ يَكُونَ حَافِظاً لِمَالِهِ عَارِفاً بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ ، وَقِيلَ : وَجَائِزُ الشَّهَادَةِ

الظاهر أن قوله : **(عَارِفاً بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ)** بيان لحفظ المال .

فإن قيل : لم لا تجعلوا قوله : **(عَارِفاً بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ)** قيداً آخر ويكون المراد به

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٤٥) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٦٢٧) .

تنمية المال ؟ قيل : لأن اللخمي نقل الاتفاق على أن من لا يحسن التجر ويحسن الإمساك أنه لا يحجر عليه ، لكن ذكر المازري خلافاً فيما ينفك به الحجر عن المحجور عليه ماله هل بمجرد حفظه فقط ، أو بزيادة اشتراط حسن تنميته ؟

ووجه الثاني بأنه إن لم يحسن ذلك كـان ذلك مؤدياً إلى فناء ماله ، والأول بأنه لما كان لا يلزم القابض من أب أو وصي أو مقدم أن يتجر له ، وإنما يلزمـه صيانته فمالكه أولى ، قال : وينبغي عندي أن يلتفت إلى قلة المال وكثرته .

وعلى هذا فـيمكن أن يريد المصنف هذا ويكون قـيداً ثانيـاً ، ويكون مراده بيـان الرشد الذي يخرج به من الحجـر لا الرشد الذي لا يضرب معه الحجر ، فـإن ذلك متفق على أنه لا يراعى فيه القيد الثاني كما ذكـره اللخمي ، والمشهور أنه لا يشترط في الرشيد أن يكون جائز الشـهادة إذا كان حـافظاً لماله ، وإن كان يشرب الخـمر ونحوه وهو قـول ابن القاسم وأصبغ ، وقال المدنيون كابن كنانة ومطرف وابن الماجشون : يحجر على من يشرب الخمر، واختاره ابن المواز .

وأشار غـير واحد إلى أن هذا الخلاف إنما هو فـيما يخـرج به السفيه من الحـجر : هل بحفظ ماله وهو المشهور ، أو بحفظه مع جواز الشهادة ؟

ابن يونس : وأما ابتداء الحجر على السفيه فلا يبتدأ ذلك باتفاق .

واعترضه ابن عبد السلام وقال : ليس متفقـاً عليه ، فقد حكى ابن شعبان في التحجير على الفاسـق لفسقـه قولين ، غيـر أن الظواهر دالة على عدم الحـجر ؛ لأنه عليـه الصلاة والسلام والخلفاء بعده أقاموا الحدود على من وجبت عليه ، ولم يحجروا عليه .

وحكى اللخمي في الحجر على من يخدع في البيوع قولين :

أولهما : لا يحجر عليه ؛ لقوله ﷺ لمن كان يخدع فيها : « **إذا بعت فقل لا خلابة** ».

والثـــاني : لابن شعبـان : يحجر عليه ، مـا لم يتبين رشد اليتـيم بدخوله الأسواق ومخالطتـه لغيره في الشراء والبيع ، فـيعرف رشده بأن ينكر على المغبـون [ويغبط] الحافظ لماله ويصوب فعله .

اللخـــمي : واختلف هل يبتلى بشيء من ماله فـيدفع إليه ، وظاهر ما في «المدونة» في كتاب المـديان المنع ؛ لأنه قال : إذا فعل ذلك الولي فلحـقه دين لم يلحق ذلك الدين المال

الذي في يده ولا الذي في يد وصيه .

وأجاز ذلك غيره ، وقال : يلحق ذلك الدين في المال الذي في يده ، وقاله الشيخ [أبو محمد عبد الوهاب[1]] [2].

عياض : وعلى قوله : (إنه لا يعطى الصغير) لا يعطى البالغ السفيه أيضاً ؛ لأن العلة كونه مولى عليه ، هذا معنى كلامه ، وفي كتاب الوصايا من «المدونة» مثل قول الشيخ أبي محمد ؛ لقوله : (وإذا أذن للصبي أن يتجر جاز) ، وعليه فالبالغ السفيه أولى ، وفي المسألة ثالث بالجواز في السفيه البالغ دون الصغير .

وقال أبو عمران : إنما يجوز في الصغير بشرط أن يطلع الوصي عليه من يعينه في تصرفه وإلا فهو ضامن .

ابن الهندي : وإنما يختبره إذا علم منه خيراً ، قيل : الشرط أن يختبره باليسير كالخمسين ديناراً أو الستين ؛ أي في حق من يليق به ذلك .

وَصِفَةُ السَّفِيهِ أَنْ يَكُونُ ذَا سَرَفٍ فِي اللَّذَّاتِ الْمُحَرَّمَةِ بِحَيْثُ لا يَرَى الْمَالَ عِنْدَهَا شَيْئاً

ولو قال : (والسفه السرف في اللذات. . . إلخ) لكان أحسن لكونه أخصر ، ولأنه مقابل للرشد ، واشتراطه أن تكون اللذات محرمة .

قال ابن عبد السلام وغيره : هو خلاف ظاهر «المدونة» ، ولا يقال : قوله جارٍ على قول من يرى أن الفسق موجب للحجر ؛ لأن هذا القائل يرى أن مجرد الفسق يوجب الحجر .

والمصنف قد اشترط أن يكون ذا سرف فيها ، ويكفي في السفه كونه مسرفاً في اللذات المباحة والمكروهة ، وفي «المدونة» و«الجواهر»[3] : وصفة من يحجر عليه من الأحرار أن يكون يبذر ماله سرفاً في لذاته من الشرب والفسق وغيره، فقوله : (وغيره) يبين لك ذلك.

وأيضاً فإن قوله في حد الرشد : أن يكون حافظاً لماله ، يدل على أن من يسرف في اللذات المباحة وغيرها سفيه ؛ إذ لا واسطة بين السفه والرشد .

---

(١) في ط : أبو محمد وعبد الوهاب .

(٢) « التلقين » (ص / ٤٢٦) .

(٣) « الجواهر » (٢/٦٢٨) .

وقال المازري : وقولنــا : إن التبذير في غير الفـسوق يوجب الحجر فكيف بالـتبذير في الفسوق ، فظاهره أن التبذير في المباحات يوجب الحجر ، لكن قال بعد ذلك : وأما إنفاقه في الملاذِّ والشهوات وجمع الجـماعات لأكل الكثير من الطيبات في المبـيتات والمؤانسات ، ففيه إشكال .

وقال بعض أصحــاب الشافعي : إنه يوجب الحجر ، وعن ابن القـصار كذلك ، ولكن شرطه بشرط وهو أن يكون ما فضل عنه من ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه [فقال : وقوله: (ولا يطعمه)] بعد ذكره الصدقة الظاهر أنه أراد إطعامه لإخوانه وهذا [قد يشير إلى][1] أنه [لا] يرى ما ذكرناه عن بعض أصحاب الشافعي أنه يوجب الحجر .

وعلى هذا فيكون كـلام ابن القصار يوافق ظاهر كـلام المصنف ، وانظر لو كان السفـيه المبذر لماله في شهواتـه يتجر بما في يده تجارة تصير إنفاقـه في شهواته من الربح ورأس المال محفوظ ؛ أي المال الذي بيده ، وفي الحجر على هذا إشكال .

وَتَصَرُّفُهُ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَى الرَّدِّ كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ عَلَى الأَصَحِّ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الرَّدَّ لِلسَّفَهِ لا لِلْحَجْرِ ....

أي : المال إذا تصرف السفيـه فيه ، وأما مجهول الحال فأفـعاله جائزة لا يرد شيء منها بالاتفاق ، وحكاه في «المقدمات»[2] وهذا هو السفيه المهمل .

والأصح لابن القاسم على ما في اللخمي والمازري و «المقدمات»[3] وغيرها ، ومقابله نقله اللخمي عن ابن كنانة وابن نافع ، وعزاه في «المقدمات»[4] [لمالك وكبار] أصحابه ، وصرح في «المقدمات» في موضع آخر بمشهورية هذا القول .

وذكر أيضاً في «البيان» في باب النكاح أن ما صـححه المصنف هو المشهور من قول ابن القاسم ، وأن المشـهور من مـذهب مالك خلافـه ، وقد روى زياد القرطـبي عن مالك أنه سأله عن سـفيه عندهم يـكسر قوارير البللور على ناصـية فرسـه ويشتـري البازي والكلب

---

(١) في ط : قدر يسير إلا .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣٥١) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٣٥١) .

(٤) « المقدمات » (٥/ ١٠٦) .

بالضيعة الخطيرة ، فقال : تمضي أفعاله ، ثم سأله بعد زمان فقال : تمضي أفعاله ، ولو كان مثل سفيهكم .

وصحح المصنف الأول لما قاله المازري أنه اختيار المحققين من أشياخه ؛ لأن السفه هو العلة في حجر الحاكم ، ورأى مقابل الأصح أن العلة في رد أفعاله الحجر ؛ لأن ثبوت السفه يحتاج إلى اجتهاد وكشف ، وهو مما اختلف فيه .

وقال مطرف وابن الماجشون بالتفصيل ، فإن اتصل سفهه من حين بلوغه لم يجز شيء من أفعاله ، وإن سفه بعد أن أنس منه الرشد فأفعاله جائزة ولازمة ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة ، مثل أن يبيع ما قيمته ألف دينار بمائة دينار ونحوه فلا يجوز ذلك عليه ، وكذلك هبته ، والثاني لأصبغ : إن لم يكن معلناً بالسفه مضت أفعاله ، وإلا فلا ، ومن الشيوخ من رأى أن السفه الظاهر البين يوجب رد أفعاله بخلاف السفه الخفي .

فإن قلت : لم جعلت هذه الأقوال زيادة على كلام المصنف ؟ وهلاَّ جعلت الجميع مقابلاً للأصح ؟!

قيل : لثلاثة أوجه :

الأول : أن المنطوق به إنما يدل على مقابلة الإجازة ، وأما القولان بالتفصيل فلا [دلالة له عليهما] .

الثاني : أن عادة المصنف أن يجعل مقابل الأصح والمشهور ونحوهما قولاً واحداً .

الثالث : أن قوله : بإثره **(وعليهما)** يبين أنه لم يرد إلا قولين ، والله أعلم .

تنبيه : [قال في «المدونة»][1] : ومن أراد أن يحجر على ولده أتى به الإمام ليحجر عليه، ويشهر ذلك في الجامع وفي الأسواق ويشهد على ذلك ، فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود وأخذ من هذا غير واحد أن مذهب «المدونة» موافق [لمالك] وكبار أصحابه، مخالف لابن القاسم .

قال في «المدونة» : ولا يتولى الحجر إلا القاضي ، قيل : فصاحب الشرطة؟ قال : القاضي أحب إليَّ .

عياض : و(أحب) هنا على الوجوب ، وقال شيوخنا : إن الحجر مما يختص به القضاة

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٢٥) .

دون سائر الحكام . وذكر ابن سهل أن ثمانية أشياء لا يحكم فيها إلا القاضي : التسفيه ، والترشيد ، والنظر في الوصايا ، والنظر في الأحباس المعقبة ، والنظر في مال الأيتام ، والنظر في أمر الغائب ، والنظر في الأنساب ، [والنظر في الولاء ، زاد أبو محمد صالح]: والنظر في الحدود والقصاص .

وإذا أجزنا الحجر على السفيه الكبير فمذهب ابن القاسم أن السفه الذي يمنع أن يعطى ماله إذا بلغ يوجب استئناف الحجر عليه ، وإن كان كبيراً مهملاً ، ومذهب أشهب أن استئناف الحجر لا يجوز إلا بثبوت سفه ظاهر بيّن .

وَعَلَيْهِمَا الْعَكْسُ فِي تَصَرُّفِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ إِذَا رَشَدَ

أي : القولين بسببهما ينعكس الحكم في المحجور عليه إذا رشد ، ولم يحكم القاضي بإطلاقه ، فعلى قول ابن القاسم تمضي أفعاله ؛ لأن المعتبر عنده إنما هو حال التصرف لا حكم الحاكم ، وعلى قول مالك لا تمضي ؛ لأنه محجور عليه ، ولم يفكه القاضي .

خليل : وقد يقال : وإن قلنا : إن الحجر لأجل حجر القاضي ، لكن هو معلل في الأصل بالسفه ويلزم من زوال العلة زوال المعلول .

فإن قلت : مقتضى كلام المصنف أن ابن القاسم يقول بالإمضاء هنا ، ونقل في «المقدمات»[1] أن زونان روى عن ابن القاسم أن من ثبتت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها .

قيل : المشهور عنه خلاف هذا ، فقد قال في «المقدمات» أيضاً قبل هذا ومتصلاً به : وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه .

وَفَائِدَةُ الْحَجْرِ رَدُّ التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالإِقْرَارِ بِالدَّيْنِ ، وَبِإِتْلافِ الْمَالِ وَالتَّوْكِيلِ إِلا وَصِيَّةَ الصَّغِيرِ إِذَا لَمْ يُخَلِّطْ فِيهَا كَالسَّفِيهِ

(أل) في (**الْحَجْرِ**) للعهد ؛ أي الحجر الذي هو أقرب مذكور وهو حجر السفيه ، ويحتمل الحجر في أول الكلام ؛ أعني الذي عدد أسبابه وإن كان مراده هذا الثاني فهو مخصوص ؛ إذ المريض لا يمنع من البيع والشراء إذا لم يحابِ أو حابى بدون الثلث ، ولا

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٥٠) .

يمنع من الإقرار بالدين لمن لا يتهم عليه ، وكذلك الزوجة لا تمنع من التصرف في الثلث ويكون المصنف أطلق هنا لما سيأتي .

فإن قلت : لا يصح أن يريد الثاني ؛ لأن قوله : **(كالسَّفِيهِ)** يرده ؛ إذ السفيه أحد أنواعه .

قيل : قوله : **(كالسَّفِيهِ)** إنما هو راجع إلى الوصية فقط ، وقصد المصنف بذلك بيان حكم وصية الصغير والسفيه ، وهو الجواز وإلا فهو لم يقدم حكم وصية السفيه .

وقوله : **(كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)** قال في «المدونة»(١) : وأما شراؤه ما لابد منه مثل الدرهم يبتاع به لحماً ومثل خبز وبقل ونحوه يشتري ذلك لنفسه مما يُدفع إليه من نفقته فجائز ، وأخذ منه ابن الهندي أن الوصي لا يدفع لمحجوره إلا نفقة نفسه خاصة .

وقال ابن العطار : يدفع إليه نفقة نفسه ورقيقه وأمهات أولاده ، وأما الزوجة فهي تقبض لنفسها .

قال في « البيان » : وإن باع اليتيم دون إذن وصيه أو الصغير من عقاره وأصوله بوجه السداد في نفقته التي لابد له منها ولا شيء له غير المبيع وهو أحق ما يباع من أمواله فاختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن البيع يرد على كل حال ، ولا يتبع بشيء من الثمن ، وهو قول ابن القاسم، وهو أضعف الأقوال .

الثاني : أن البيع يرد إذا رأى ذلك الوصي ولا يبطل الثمن عن اليتيم ، ويؤخذ من ماله، وهو قول أصبغ .

الثالث : أن البيع يمضي ولا يرد .

وأما إن باع بأقل من القيمة أو باع ما ليس هو الأحق بالبيع [فلا خلاف أن البيع يرد وإن لم يبطل الثمن على اليتيم] لإدخاله إياه فيما لابد له منه ، وأما ما باع اليتيم من ماله وأنفقه في شهواته التي يستغني عنها فلا خلاف أنه يرد ولا يتبع بشيء من الثمن كان المبيع يسيراً أو كثيراً ، أصلاً أو عرضاً ، وهو محمول فيما باعه وقبض ثمنه على أنه أنفقه فيما لابد له منه حتى يثبت أنه أنفقه فيما له عنه بد .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٢٥) .

وفي «المقدمات»(١) : وأما بيعه وشراؤه ونكاحه وشبهه مما يخرج عن عوض ولا يقصد به قصد المعروف ، فإنه موقوف على نظر وليه ، فله أن يجيز أو يرد بحسب النظر وإن لم يكن له ولي قدم القاضي له من ينظر في ماله ، فإن لم يفعل حتى ملك أمره ، فهو مخير في رد ذلك وإجازته ، فإن رد بيعه وابتياعه وكان قد أتلف الثمن الذي باع به أو السلعة التي ابتاعها لم يتبع في ماله بشيء .

واختلف إذا كانت أمة فأولدها فقيل : كذلك فلا ترد ، وقيل : ليس بفوت كالعتق ، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء ، واختلف إذا كان أنفق الثمن فيما لابد له منه هل يتبع ماله بذلك أم لا ؟ على قولين .

وإن كان الذي اشترى المشتري منه أمة فأولدها أو عتقها ، أو غنماً فتناسلت ، أو بقعة فبناها ، أو شيئاً له غلة فاغتله ، فالحكم في ذلك كمن اشترى من مالك فيما يرى فاستحق من يده بعد أن أحدث فيه ما ذكر ، هذا إن لم يعلم أنه مولى عليه ، وأما إن علم أنه مولى عليه متعدٍّ في البيع بغير إذن وليه لسفه يقصده فحكمه كالغاصب ، واختلف فيما فوت السفيه من ماله بهبة ونحوها ، فلم يعلم به حتى مات هل ترد بعد الموت أو لا ؟ على قولين ، انتهى .

وقول المصنف : (وَالإِقْرَار) ؛ أي بالمال ، ابن كنانة إلا أن يقر به في مرضه فيكون في ثلث ماله ، واستحسن ذلك أصبغ ما لم يكثر ، وإن حمله الثلث .

وقوله : (وَالتَّوْكِيلِ) ؛ أي على الحقوق المالية ، وهو ظاهر .

وَلا حَجْرَ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ فِي الطَّلَاقِ ، وَاسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ ، وَنَفْيِهِ ، وَعِتْقِ أُمِّ وَلَدِهِ ، وَالإِقْرَارُ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ بِخِلافِ الْمَجْنُونِ ....

هذا هو الذي احترز عنه بالتصرفات المالية ، واحترز بالعاقل من المجنون ، وبالبالغ من الصبي ، فلا تمضي تصرفاتهما مطلقاً .

ونبه بقوله : (فِي الطَّلَاقِ) على خلاف ابن أبي ليلى ، في قوله : إنه لا يلزمه ؛ لأنه قد يحتاج إلى امرأة أخرى فيؤدي ذلك إلى هلاك ماله ، وخرجه بعضهم على قول المغيرة أنه لا يمضي عتق أم ولده ، ورده المازري بأن أم الولد يترقب فيها المال بالجناية عليها ،

(١) « المقدمات » (٢/٣٤٦) .

وكذلك يلزمه عندنا الطلاق والظهار واستلحاق النسب ونفيه ؛ أي باللعان في الزوجة أو بدعواه في الأمة .

فإن قلت : في الاستلحاق إثبات وارث ففيه إتلاف مال .

قيل : وإن سلم فلا يضر ؛ لأنه بعد موته فكان كوصية .

وقوله : **(وَعِتْقِ أُمِّ وَلَدِه)** خالف في ذلك المغيرة وابن نافع ، وهل يتبعها مالها ؟ ثلاثة أقوال حكاها في «المقدمات»[1]؛ روى أشهب عن مالك : أنه يتبعها ، وروى يحيى عن ابن القاسم : أنه لا يتبعها ، والثالث : إن كان مالها يسيراً أتبعها ، وإلا فلا ، قال : وأراه قول أصبغ .

وقوله :**(وَالإِقْرَارُ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ)** كالزنا والسرقة ، وهو ظاهر .

قال في «المقدمات»[2] : ويلزم السفيه البالغ جميع حقوق الله تعالى التي أوجبها على عباده في بدنه وماله ، فيلزم في بدنه ما وجب من حد أو قصاص ويلزمه في ماله ما أفسد أو كسر ما لم يؤتمن عليه باتفاق ، وما اؤتمن عليه ففيه اختلاف ولا تلحقه يمين فيما ادعى عليه في ماله ، وأما إن ادعى عليه فيما يجوز إقراره فيه فتلحقه اليمين فيه ، انتهى .

وهل يجوز عفوه عما دون النفس من قصاص وجب له أو حد قذف وإليه ذهب ابن القاسم أم لا ؟ وإليه ذهب مطرف وابن الماجشون ، ولا خلاف أنه لا يصح عفوه عن جراح الخطأ لأنها مال ، فإن أدى جرح الخطأ إلى إتلاف نفسه وعفا عن ذلك عند موته ، كان ذلك في ثلثه كالوصايا ، وإن وجب له قصاص في نفس كما لو قُتل أبوه أو ابنه عمداً صح عفوه على مذهب ابن القاسم الذي يرى أن الواجب في العمد قود كله .

ابن عبد السلام : وفيه نظر على مذهب مطرف وابن الماجشون المتقدم ، وتردد المازري على مذهب أشهب الذي يرى أن الولي بالخيار بين القتل وأخذ المال ، وأجراه على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟

وَوَلِيُّ الصَّبِيِّ : أَبُوهُ ثُمَّ الْوَصِيُّ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ الْحَاكِمُ وَلَا وِلَايَةَ لِجَدٍّ وَلَا غَيْرِه.

(ثُمَّ وَصِيُّهُ) ؛ أي وإن بعد ، والسفيه مشارك للصبي في هذا ، فلو قال : (وولي الصبي والسفيه أبوه) كان أولى .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٥٧) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣٥٧) .

وقوله : (أَبُوهُ) يريد إذا كان الأب رشيداً وإذا كان سفيهاً فهل ينظر وليه على بنيه ؟ ابن عتاب وابن القطان : جرى العمل أنه لا ينظر على بنيه إلا بتقديم مستأنف .

ابن سهل : ودليل الروايات أنه ينظر إليهم .

قوله : (**وَلا وِلايَةَ لِجَدٍّ وَلا غَيْرِهِ**) ؛ أي من أخ أو عم .

وَلا يُبَاعُ عَقَارُهُ إلا لِحَاجَةِ الإِنْفَاقِ أَوْ لِغِبْطَةٍ أَوْ لِسُقُوطِهِ إِنْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهِ مَا يَكُونُ الْبَيْعُ عِنْدَهُ أَوْلَى وَيَسْتَبْدِلُ بِثَمَنِهِ أَصْلَحَ ....

ما ذكره من جواز البـيع لحاجة الإنفاق عليه ظاهر ؛ لأنه إنما حفظ مـاله من أجل النفقة عليه أو لغبطة ؛ أي لزيادة في ثمنها ، فقد أجاز في «المدونة»[١] و«العتبية» [٢]بيع دار اليتيم إذا بذل فيها أضعاف ثمنها لسحنون ، وذلك إذا كان المالك مثل عمر بن عبد العزيز ؛ يعني في طيب مكسبه .

أبو عمران : وإن علم الوصي بخبث مكسبه ضمن ، وإن لم يعلم كان له أن يلزمه مالاً حلالاً أو تباع الدار فيـه ، واشترط الغرناطي في «وثائقه» في الزيادة التي يباع عـقار اليتيم لها أن تزيد على الثلث .

وقوله : (**أَوْ لِسُقُوطِهِ**) هو كقوله في «الجواهر» [٣]: أو لخشية سقوطه إن لم ينفق عليه من المال ما يكون معه بيعه وابتياع غيره بثمنه أفضل .

ابن عبـد السلام : فـ(ما) من قوله : (ما يكون البيع) موصـولة منصوبة انتصاب المفعول به، والعامل فيها (**يُنْفِقْ**) من قوله : (**إِنْ لَمْ يُنْفِقْ**) ؛ أي خشية سقوطه ما لم ينفق عليه نفقة كثيرة ، فيكون البيع بسببها أولى ، فبيعها حينئذٍ سائغ ، ويستبدل بثمنها ما هو أصلح للمحجور .

وقال ابن راشد : في كلامه إضمار تقديره : أو لسقوطه إن لم ينفق عليه سقوطاً يكون البيع عنده أولى ، فأقـام (ما) مقام المصدر المحذوف ، ويحـتمل أن تكون بمعنى المصدر ، والمعنى سقوط مـا يكون البيع عنده أولى ، وكلام ابن عبد السـلام أحسن ، وزاد الموثقون وجوهاً أخر يباع عقار اليتيم لها :

---

(١) « المدونة » (٦/ ٢٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٣) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٦٣٠) .

الأول : ألا يعود عليه شيء منه فيبيعه ليعوض عنه ما يعود منه .

الثاني : أن يبيعه ليعوض ما هو أجود منه .

الثالث : لضرر الشركة ، فيبيعه ليعوضه داراً كاملة .

الرابع : إذا أراد شريك البيع ، وهو لا ينقسم ولا مال له يشتري به حصة شريكه .

الخامس : أن تكون الدار واهية يخشى عليها الخراب ، وليس له مال يصلح منه .

السادس : أن يكون بين أهل الذمة .

السابع : أن يكون ملكاً موظفاً فيستبدل حرا .

الثامن : أن يكون بين جيران سوء ، فيبيعها ليأخذ أجود ، قاله ابن المواز ، حكاه في «الطراز» .

التاسع : أن يتقي عليها من السلطان وغيره ، ذكره صاحب «الطراز» .

العاشر : إذا خشي انتقال العمارة من موضعه ، قاله في «الجواهر»[1] .

وأورد ابن عبد السلام : أن ظاهره قوله : **(لا يُبَاعُ عَقَارُهُ)** أن ذلك في حق الأب بالنسبة إلى ولده الصغير والوصي .

وظاهر المذهب أن الأب يبيع مال ولده الصغير والسفيه الذي في حجره ، الربع وغيره ، لأحد هذه الوجوه أو غيرها ، وفعله في ربع ولده كغيره من السلع محمول على الصلاح ، وإنما يحتاج إلى أحد هذه الوجوه الوصي وحده .

وكذلك قال ابن راشد : إن المتولي للبيع على المحجور من أب أو وصي أو كافل أو حاكم ؛ فالأب له أن يبيع لولده ويشتري ، وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه ، [ولا يشترط في بيعه ما يذكر بعدُ في الوصي لمزيد شفقته ، إلا أن يشتري لولده من نفسه فيحمل على غير النظر حتى يثبت خلافه] ، ولو باع من نفسه ولم يذكر أنه باع لولده فالبيع ماضٍ ولا اعتراض فيه للابن إذا رشد، قاله ابن القاسم في «الواضحة» ، و«الثمانية» .

فإن باع لمنفعة نفسه فسخ عند أصبغ بعد أن كان يمضيه ثم رجع إلى مذهب ابن القاسم وغيره : أنه إذا تحقق أنه باع لمنفعة نفسه فسخ ، حكاه عن أصبغ ابن حبيب .

وأما الوصي فهو أخفض رتبة من الأب ؛ لأن الأب يبيع من غير ذكر سبب ، بخلاف

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٣٠) .

الوصي ، فإنه لا يبـيع إلا بعد ذكر سـببه ، ولا يجوز له أن يـهب مال محجـوره للثواب بخلاف الأب ، وفعل الوصي مـحمول على السداد حـتى يثبت خلافه ، قاله جـماعة من الأندلسيين وغيرهم .

وقال أبو عـمران وغيـره من القرويين : فعله في الرباع مـحمول على عـدم النظر حتى يثبت خلافه ، قال : وهو معنى ما في «الموازية» ، قال : وإنما فرقنا بينه وبين الأب ؛ لأنه في الكتاب كلما سئل عن الأب أطلق القول بجواز بيعه إلا أن يكون على غير وجه النظر ، وإذا سئل عن الوصي قال : لا يجـوز بيعه إلا أن يكون نظراً ، وحيث قلنا بجـواز بيعه أو منعـه فذلك مـا لم يبين السبب الذي لأجلـه بيع ، فإن بينه فـلا يختلف في جـواز بيـعه ويضمن العقد معرفة الشهود لذلك .

وإذا اقتصـر على ذلك ولم يضمنه فقد لا يختلف في الجـواز أيضاً وهو ظاهر ما حكاه ابن القاسم الموثق ، ونص كـلامه : ومن تمام العقـد أن يُضَمَّنَ معـرفة الشهـود السداد في البيع وأنه أولى مـا بيع عليه إن كان له سـواه ، وإن سقط هذا من العقد كـان فعل الوصي محمولاً على السداد حتى يثبت خـلافه ، هذا هو المشهور ، وقيل : لا يجوز بيع الوصي حتى يبين الوجه الذي لأجله وجب البيع .

فقوله : (حـتى يبين الوجه) يقتضي أنه إذا بينه لا يختلف في جـواز بيعه ، وظاهره أنه يكتفي فيه بذكـره من غير احتياج إلى إثباته ، وقـد نص في «الطرر» على أن بيعه جائز ، وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله وعلى ما قاله أبو عمران : لا يتم البيع حتى يشهد الشهود بمعرفة السداد ، وأن الوصي باع لغبطة أو لحاجة فيتم له الشراء ، [ويؤيده ما حكاه ابن زياد في «أحكامـه» أنه إذا أقيم فـيمـا باعه الوصي فـعلى المشتـري أن يثبت أنـه اشتـرى شراء صحيحاً، وأن الوصي باع لغبطة أو لحاجة ويتم له الشراء] .

وفي «الطراز» قال ابن المواز : إذا باع الوصي عقار اليتيم مضى فعله وجاز ، ما لم يكن فيه غبن في الثمن مما لا يتغابن الناس فيه .

وإن لم يكن شيء من الوجوه المذكورة ، فإذا باع نفذ بيعه ، وهو قول الشيوخ قديماً وبه العمل .

وقال ابن عبد الغفور : هذا خلاف مـا تدل عليه أقاويلهم ، ثم عدَّد الأسباب التي يبيع الوصي العقار لها ، ثم قال : ولو أوصى رجل لابنته وأوصى أن يبيع عليها مالها وأصولها

جاز ذلك وإن لم تكن حاجة ، إذا كان ذلك نظراً كالنكاح ، وأما الكافل ففي بيعه عن مكفوله أربعة أقوال :

أحدها: المنع مطلقاً ، قاله مالك في كتاب القسم من «المدونة» في مسألة من كفل ابناً صغيراً أو ابن أخ ، قال : لا يجوز بيعه عليه ولا قسمه له .

ثانيها : الجواز مطلقاً ، قال ابن الماجشون في «الواضحة» : أجاز مالك وغيره من العلماء نظر العم وغيره [كالأم] والأخ وابنه الرشيد لليتيم دون تقديم السلطان أو إيصاء من الأب ، وأجازوا له ما يجوز للوصي إذا أحسن النظر ولم يتهم ، ويؤيده أن مالكاً أجاز لملتقط الطفل أن يحوز له ما وهب له دون أن يجعل السلطان له ذلك ، وأجاز في النكاح إنكاحه لمكفولته وقال : من أنظر لها منه ؟!

أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره : وإذا جاز إنكاحه فبيعه أولى .

وثالثها : الجواز في بلد لا سلطان فيه ، والمنع في بلد فيه السلطان ، قاله ابن الهندي.

رابعها : الجواز في اليسير : قاله في «العتبية» : وبه قال أصبغ ، وبه جرى العمل ، واختلف في حد اليسير ، فقال ابن زرب : ثلاثون ديناراً ونحوها ، وقال ابن العطار : عشرون ديناراً ونحوها ، وقال ابن الهندي : عشرة ونحوها .

وإذا أقيم على المبتاع فيما باعه الكافل فعليه أن يثبت حضانة البائع وحاجة المبيع عليه والسداد في الثمن ، وأنه أنفق الثمن عليه وأدخله في مصالحه ، وأنه ليس له مال غيره ، وأنه أولى ما بيع عليه من عقاره ، وأنه يضمن ذلك عقد البيع آخراً ، ولو رفع ذلك الكافل إلى القاضي لم يأمره بالبيع حتى يثبت عنده يُتْم المبيع عليه وملكه لما يباع عليه وحاجته للبيع والسداد في الثمن والاشتراك إذا كان المبيع مشتركاً .

ولما رأى الفقهاء أن اليتيم ربما ضاع قبل إثبات ذلك عند القاضي أجازوا للكفيل البيع دون مطالعته حسب ما قدمناه وإلى هذا المعنى أشار ابن العطار ، وأما القاضي فله أن يبيع على اليتيم إذا ثبت عنده يتمه [وإهماله] وملكه لما باع عليه ، وأنه لا شيء عنده يباع غير ذلك ، وأنه أولى ما يبيع عليه ، وحازه الشهود على من شهد عنده بالملكية وقبول من يقدمه للبيع لما كفله من ذلك ، وتسويق المُقَدم للبيع وأنه لم يُلْف على ما أعطى زائداً السداد في الثمن ، واختلف هل عليه أن يصرح باسم الشهود الذين ثبت بهم عنده ما أوجب البيع أم لا على قولين ، انتهى كلام ابن راشد .

وَلِلْوَلِيِّ النَّظَرُ فِي قِصَاصِ الصَّغِيرِ أَوِ الدِّيَةِ وَلا يَعْفُو.

لولي الصغير أباً أو غيره أن ينظر في القصاص الذي وجب للصبيّ ، إما بجناية عليه أو على وليه في القصاص أو أخذ الدية ، فإن كان غنيا ولا حاجة له بالمال فالقصاص أولى ، وإلا فالعكس .

قال في «المدونة» : وليس للأب أن يعفو إلا أن يعوضه من ماله .

(**وَلا يَعْفُو**) أي في العمد والخطأ .

وَلا يُعْتِقُ وَلا يُطَلِّقُ إِلا بِعِوَضٍ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ.

يعني : وليس لولي الصغير أباً أو غيره أن يطلق عليه إلا بعوض ، ولا أن يعتق عبداً من عبيده ، ويرد العتق إلا أن يكون الأب موسراً فيـجوز ذلك على الأب ، ويضمن قيمته في ماله ، قاله مالك في كتاب الشفعة .

وَللأَبِ ذَلِكَ فِي الأُنْثَى الْمُجْبَرَةِ وَفِي غَيْرِهَا مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِنَّ ، وَفِي الْبَالِغِ السَّفِيهِ : قَوْلانِ ....

أي : للأب أن يخالع عن الأنثى المجبرة .

(**وَفِي غَيْـرِهَا... إلخ**) تقدم ذلك في الخلع ، وعين هنالك في السفـيه : المشهور أنه لا يخالع عليه .

وَيَعْفُو عَنْ شُفْعَةٍ لِمَصْلَحَةٍ فَتَسْقُطُ.

أي : لأن الأخذ بالشفعة شراء ، وقـد يكون لمصلحة وقد لا يكون ، فإذا رأى الإسقاط مصلحـة لا يكون للصبي أن يأخذ بالشفـعة إذا رشد ، وإن كان الأخـذ هو المصلحة وترك ذلك كان له الأخذ إذا رشد ، وستأتي هذه المسألة في الشفعة .

وَلِلسَّيِّدِ الْحَجْرُ عَلَى رَقِيقِهِ مُضَيِّعاً أَوْ حَافِظًا.

لما انقضى كلامه على الأسباب الثـلاثة ؛ يعني الصبا والجنون والتبذير شرع في الرابع ، وذكر أن للسـيد أن يحـجر على رقيـقه ، وإن كـان العبد حـافظاً ؛ لأن له حقـا في ماله انتزاعا .

(مضيعاً أوحافظاً) منتصبان على الحال من رقيقه ؛ لأن الرقيق على ما ذكره الجوهري[١] للواحد والجمع ، فلذلك جاء حاله مفرداً .

وَحُكْمُ مَنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِي التِّجَارَةِ حُكْمُ الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ لَهُ فِيهَا

أحال حكم العبد المأذون له في التجارة على حكم الوكيل المفوض ، اعتماداً على ما سيأتي ، -وقد يشبه المصنف في كتابه بما سيأتي وقد تقدم تنبيهنا على ذلك - [أو القيد] الحكم في الجميع .

واعلم أنه إن أذن له في التجارة من غير تقييد كان كالمفوض فيها بلا إشكال ، وإن خصه بنوع فالمشهور وهو مذهب «المدونة» أنه كذلك ، وبه قال أصبغ ، وقال سحنون : ليس له أن يتجر بالدين إذا حجر عليه في التجارة به .

قال في «المقدمات»[٢] : وكذلك يلزم من قوله : (إذا حجر عليه في التجارة) في نوع من الأنواع ، وعلى المشهور فقيد ذلك بعض الصقليين بأن لا يشهر ذلك ويعلنه ، وأما إن أشهره فلا يلزمه .

ابن رشد[٣]: وهو صحيح في المعنى قائم من «المدونة» و«العتبية» ، وعارض اللخمي مذهب ابن القاسم بما قاله ابن القاسم في المقارض يدفع له المال على أن يتجر في صنف : أنه إن تجر في غيره كان متعدياً ؛ وعلى هذا فيحمل قول المصنف : (أذن في التجارة) على أن المراد جنسها ، وسواء أذن له إذناً مطلقاً أو مقيداً ليوافق المشهور .

قال في «المدونة»[٤] : وإن أقعده ذا صنعة مثل قصارة ونحوها فلا يكون ذلك إذناً في التجارة ولا في المداينة ، وكذلك إن قال لعبده : أدِّ لي الغلة ، فليس بمأذون في التجارة .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضَعَ أَوْ يُؤَخِّرَ أَوْ يَعْمَلَ طَعَاماً إِلا اسْتِئْلافاً لِلتِّجَارَةِ

أي : ليس للمأذون أن يضع من الدين أو يؤخره أو يعمل طعاماً يدعو الناس إليه ولو كان عقيقة لولده ، قاله في «المدونة» .

---

(١) « الصحاح » (١/ ٢٦٥) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣٤٢) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٣٤٢) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٥٨) .

والاستثناء عائد على الجمل المتـقدمة ، صرح بذلك في «المدونة» ، وذهب سحنون إلى أنه لا يجوز التأخير بالثمن ؛ لأنه إن لم يكن لمنفعة فواضح ، وإلا فهو سلف جر نفعاً .

وأجيب باختيار ابن القاسم الثاني ولا يلزم عليه المنع ؛ لأنها منفعة غير محققة ، وأيضاً فإنه منقوض بالحر ، فإنه يجوز له التأخير بالأثمان طلباً لمحمدة الثناء ، وقيد اللخمي جواز التأخـير بما إذا لم يبعد الأجل ، والوضـيعة بما إذا لم تكثـر ، قال في «المدونة »[1] : ولا يجوز للعبد أن يعير من ماله جارية مأذوناً كان أو غير مأذون ، وكذلك العطية .

ابن المـواز : وقال غيره: لا بأس أن يعير دابته إلى المكان القريب ويعطي السائل الكسرة والقبضة .

وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَالْهِبَةِ ، وَنَحْوِهِما ، وَيَقْبَلُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ

أي : فللمأذون أن يتصرف فيما أوصى له به أو وهب له ونحوهما ، كالصدقة ، وله أن يقبل ذلك بغير إذن سيده .

وأقيم من «المدونـة» أنه ليس للسيد أن يمنـعه من قبـول الهبة ؛ لأن فـيهـا : وما وهب للمأذون وقد اغترقه دين فغرماؤه أحق به من سيده ولا يكون لغرمائه من عمل يده شيء ، ولا من خراجه ، وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، فقبله العبد .

عيـاض : وهذا ظاهر في أن السيد لا يمنعه من قبـوله ، وظاهره أن الغرماء لا يجبرونه على قبوله ، أبو محمد صالح : وظاهره سواء وهب لأجل الدين أم لا .

خـليـل : ولو قيل : إن للسيـد أن يمنعه من قبول الهبة ونحـوها كان حسناً للمنة التي تحصل على [السيد] .

تنبيه :

واخـتلف الشيـخان في قـوله : (وإنما يكون ذلك في مـال وهب للعبـد) ، فقـال ابن القابسـي : هذا بشرط أن يوهب له لأجل وفـاء الدين ، وأما إن لم يوهب له لذلك فـهو كالخراج يكون السيد أحق به ، وقال أبو محمد : الغرماء أحق سواء وهب له بشرط الوفاء أم لا .

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٤٣) .

وَكَذَلِكَ غَيْرُ الْمَأْذُونِ

التشبيه راجع للقبول فقط ؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الوصي شرط في هبته أو وصيته ألا حجر عليه فيها ، فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قال بعضهم في السفيه والصغير ، قاله ابن عبد السلام .

وَفِي إِمْضَاءِ أَخْذِ الْمَأْذُونِ الْقِرَاضَ وَإِعْطَائِهِ : قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ ، وَأَشْهَبَ

لا يدل قوله : **(وَفِي إِمْضَاءِ)** على الجواز ابتداء ، وفي «المدونة» في باب القراض : وللمأذون دفع القراض وأخذه ، ووافق سحنون أشهب على أنه ليس له ذلك ، وسبب القولين : هل ذلك من باب التجارة فيجوز للإذن فيها أو الإجارة فيمتنع ؟ وإنما يظهر التعليل في التجارة في أخذه ، وأما في إعطائه فعلل اللخمي منع أشهب بأنه إيداع للمال ولم يؤذن فيه ، والمساقاة كالقراض .

قيل : وإن أخذ المأذون له القراض فربح فيه فما أخذ من الربح فهو مثل خراجه لا يقضى منه دينه ولا يتبعه إن عتق ؛ لأنه إنما باع منافع نفسه بذلك فأشبه أن لو استعمل نفسه في الإجارة .

وَيَتَعَلَّقُ دِينُهُ بِمَا فِي يَدِهِ ثُمَّ بِذِمَّتِهِ إِذَا عُتِقَ لا بِرَقَبَتِهِ وَلا بِسَيِّدِهِ

يعني : ويتعلق الدين الواجب على المأذون بسبب التجارة أو ما في معناه من وديعة استهلكها بالمال الذي في يده ، فإن فضل شيء تعلق بذمته إذا عتق ، وإتيان المصنف بـ**(ثُمَّ)** الدالة على التراخي يدل على أنه لا يتعلق بذمته قبل العتق .

وفيه نظر ؛ لأنه لو كان كما قال المصنف أنه لا يتعلق بذمته قبل العتق لما كان للغرماء [أخذه من هبة توهب له قبل العتق وأجاب ابن عبد السلام بأن كلام المصنف مبنى على مذهب القابسي المتقدم أنه إنما يكون للغرماء][(١)] أخذ الهبة بشرط أن يوهب له الأجل وفاء الدين ، وقلما يوجد ذلك ، فلا يتأتى الطلب إلا بعد العتق وفيه تسليم إمكانه ، وإن قل فهو وارد عليه ، وأيضاً فإن الأخذ هو القليل ، وأما الدين فهو متعلق بالذمة ، والله أعلم .

---

(١) سقط من ط .

وقـوله : (لا بِرَقَبـتِهِ) تنبيهاً منه على مذهب أبي حنيـفة أنه يتعلق برقبته ، وحكي عن سحنون .

وَتُبَاعُ أُمُّ وَلَدِهِ

واعلم أن أم ولد المأذون ليس فيها طرف حرية ، وإلا لكانت أرفع حالاً من سيدها ؛ إذ ليس فيه هو طرف من حرية فلذلك بيعت في الدين وجاز بـيعها في غيره ، بشرط أن يأذن سيده .

أبو محـمد وغـيره : والعلة في أنه لا يبيع المأذون له أم ولده إلا بإذن سيـده ؛ لأنها قد تكون حاملاً وحملها لـلسيد ، ويكون قد باع عبداً للسيد بغيـر أمره ، وعلل ذلك بعضهم بأن العـبد إذا عـتق تكون له أم ولد بالولد الذي ولدته فـي حال رق سـيدها على قـول ؛ فلذلك لم يبعهـا بذلك إلا بإذن سيده وهذا مبني على مراعاة الخـلاف ، وهذا لو كان كما ذكرنـا لما جاز له البـيع ولو أذن له سيـده ، وأورد على الأول أنه يلزم منه عدم جـواز بيع المأذون الأمة الموطوءة ، وإن لم تحمل لاحتمـال أن تكون حاملاً ، وأجيب بأن أم الولد قد صارت خزانة للمأذون بإيلادها المتقدم بخلاف إذا لم تلد .

فرع : وإذا قام الغرماء على المأذون وأمته ظاهرة الحمل فقال اللخمي : يؤخر بيعها حتى تضع ويكون ولدها للسيـد ، وتباع بولده ، ويقوم كل واحـد بانفراده قبل البـيع ليعلم كل واحد منهما ما يبيع به ملكه ، وإن لم تكن ظاهرة الحمل وبيعت في الدين ثم ظهر حمل ، فهل للسيد فسخ البيع لحقه في الولد أم لا ؟ قولان .

وأما إن باعهـا بغير إذن سيـده ولم يظهر حمل لم ينقض البـيع ، ولم يذكروا في ذلك خلافاً ، وأما إن باع المأذون من أقاربه من يعتق على الحر فبـاعه بغير إذن سيده ، فاختلف الشيوخ في نقض ذلك البيـع ، فقال بعض من سلم أن بيع أم الولد لا ينقض : إنه ينقض هذا البيع ، وقال غيره : لا ينقض .

دُونَ وَلَدِهِ إِلا أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ

أي : دون ولده ، فإنه لا يبـاع في دينه ؛ لأنه مال للسـيد إلا أن يشتـريه وعليه دين ، فإنه يباع حينئذٍ للغرماء ؛ لأنه أتلف أموالهم .

وَهُوَ فِي قِيَامِ الْغُرَمَاءِ وَالْحَجْرِ كَالْحُرِّ ، وَقِيلَ : يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ : مَا لَمْ يَطُلْ تَجْرُهُ ....

يعني : والمأذون في قيام غرمائه وحجرهم عليه كالحر فلا يكون ذلك للسيد ، وإنما يكون للحاكم ، ولهذا قابله بقوله : (**وَقِيلَ : يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ**) .

ومقتضى كلام المصنف أن الأول هو المشهور لتصديره به وعطفه عليه بـ(**قِيلَ**) ، وهو قول ابن القاسم ، فقد نقل عنه ابن حارث أنه لو أراد السيد الحجر عليه لا يجوز له ذلك إلا بإذن السلطان .

وفي « المدونة »[1] :لا ينبغي لسيد المأذون أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس ويؤمر به فيطاف به حتى يعلم ذلك منه ، ثم قال : وليس للغرماء أن يحجروا عليه إلا عند السلطان ، وإنما لهم أن يقوموا عليه فيفلسوه وهو كالحر في هذا .

فانظر قوله : (ينبغي) هل معناه الوجوب ، بدليل آخر كلامه وما نقله ابن حارث ، وعلى هذا حمل «المدونة» من تكلم على هذا الموضع من كلام المصنف أو هو على بابه ، وإليه ذهب أبو الحسن ؟

وقوله : (**وَقِيلَ : يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ**) هذا القول نقله ابن شاس[2] ، وظاهر كلامه أن قول اللخمي ثالث ، وإنما ذكره على أنه المذهب .

ابن عبد السلام : ولا ينبغي أن يعدل عنه .

وَأَمَّا الانْتِزَاعُ إِذَا لَمْ يَكُنْ غُرَمَاءُ فَكَغَيْرِهِ

أي : كغير المأذون في الانتزاع إلا أن يتعلق حق الغرماء بما في يد العبد فلا يكون للسيد حينئذٍ الانتزاع .

وَإِذَا كَانَ تَجْرُهُ لِلسَّيِّدِ وَهُوَ نَصْرَانِيٌّ لَمْ يَجُزْ لِسَيِّدِهِ تَمْكِينُهُ مِنْ تَجْرٍ فِي خَمْرٍ وَنَحْوِهِ ، فَإِنْ كَانَ لِنَفْسِهِ فَفِي جَوَازِ تَمْكِينِهِ : قَوْلانِ:

لأنه إذا تجر لسيده فهو كوكيل له فلذلك لا يجوز لسيده أن يمكنه من شراء خمر ونحوه، وأما إن تجر لنفسه وعامل أهل الذمة فقولان أجراهما اللخمي ، على أنهم : هل هم

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٤٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٦٣١) .

مخاطبون بفروع الشريعة فلا يمكَّن ، أم ليسوا بمخاطبين فيمكَّن ؟ وقد يجريان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟

اللخمي : وكان لابن عمر رضي الله عنهما عبد نصراني يبيع الخمر فمات فورثه .

فرع : وأما العبد غير المأذون فروى أشهب عن مالك لا يُشترى من العبد الذي لم يؤذن له في البيع والشراء ، وإن قل مثل الخف وشبهه ، ولا يقبل قوله: إنَّ أهله أذنوا له حتى يسألهم .

خليل : ولعل هذا لأن العبيد لا يبيعون ولا يشترون في عادتهم ، وأما عندنا فالعبد يبيع ويشتري ، لا سيما الشيء القليل ، فينبغي أن يقبل قوله كما قبلوه في الهدية والاستئذان إذا قال : سيدي أهدى لك هذا ، أو أذن لك في الدخول .

قال القرافي في «قواعده»(١) : ويجوز تقليد الصبي والأنثى والكافر الواحد في الهدية والاستئذان ، وهو مستثنى من الشهادة ؛ لما يحتف به من القرائن والضرورة .

وَيُحْجَرُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ فِي الْمَرَضِ الْمَخُوفِ فِيمَا زَادَ عَلَى حَاجَتِهِ مِنْ أَكْلِهِ وَكِسْوَتِهِ وَتَدَاوِيهِ....

لما في «الصحيحين» أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سأل النبي ﷺ وهو مريض وقال : إنه لا يرثني إلا ابنة واحدة أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : «**لا**» .

فقلت : بالشطر ، فقال : «**لا**» ، ثم قال : «**الثلث والثلث كثير**»(٢) .

والمخوف الذي يخاف على صاحبه الموت ، واحترز به مما دونه ، فلا حجر على صاحبه، وسيأتي ، وقيد الحجر بما زاد على حاجته ، وأما حاجته فلا يحجر عليه فيها .

و (مِن) في قوله : (**مِن أَكْلِهِ**) لبيان الجنس .

وحاصله أنه لا حجر عليه فيما يأكله ويتداوى به ويكتسي به ، وإنما يحجر عليه فيما زاد على الثلث بالنسبة إلى العطايا ، فإن فعل فقال المصنف :

---

(١) « الفروق » (١/ ١٤) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٩١) ومسلم (١٦٢٨) .

وَيُوقَفُ كُلُّ تبَرُّعٍ فَإِنْ مَاتَ فَفِي الثُّلُث وَإِلا فَكَإِنْشَاء الصِّحَّةِ

(**كُلُّ تبَــرُّعٍ**) ؛ أي عتقـاً كان أو غيره ، وظاهره كان له مال مـأمون أم لا ، وهو قول مالك الأول ، والذي رجع إليه في المأمون أنه ينفذ ما بتل من عتق أو غيره في المرض .

قال في كـتاب العـتق : وليس المال المأمون عند مـالك إلا في الدور والأرضين والنخل والعقار ، فإن مات ؛ أي بعد إيقافه ، فتبرعه خارج من الثلث كالوصايا .

(**وَإِلا**) ؛ أي وإن لم يمت .

(**فَكَإِنْشَاءِ الصِّحَّةِ**) فيكون ذلك بمنزلة ما لو أنشأ ذلك التبرع في الصحة فيلزمه ذلك .

وفي بعض النسخ : (وإلا استأنينا الصحة) ، وهو ظاهر .

وَلا يُحْجَرُ عَلَيْه فِي الْمُعَاوَضَةِ ، وَالْمُحَابَاةُ فِيهَا مِنَ الثُّلُثِ

أطلق المعاوضة ليتناول البيع والشراء ، والإجارة والقراض والمساقاة .

ابن عبـد السلام : لكن يدخل تحته النكاح والخلع ؛ لأنهما من عقود المعاوضة ، وليس للمريض فعلهما ، فلو قيدها ، فقال : (في المعاوضة المالية) لكان أحسن .

خليل : ولعله اعتمد على ما قدمه في النكاح والطلاق .

(**وَالْمُحَـابَاةُ فِيهَـا مِنَ الثُّلُث**) مثاله : لو باع سلعة بعـشرين وهي تساوي أربعين ، فإنه يجعل العشرين المتروكة في الثلث ، وظـاهر قوله : (والمحاباة في الثلث) أن ما عدا المحاباة يمضي ، ولو كان مما تطلب فيه المناجزة كالصـرف وهو مذهب أصبغ خلافاً لسحنون والهاء في قوله : (فيهَا) للمعاوضات.

وَالْمَخُوفُ مَا يَحْكُمُ الطِّبُّ بِأَنَّ الْهَلاكَ بِهِ كَثِيرٌ

مراده بالكثير أن يكون الموت من هذه الأشياء شهيراً لا يتعجب من حصول الموت معه ، لا أنه يكون الغالب من حـال ذلك المرض الموت منه ، كمـا هو ظاهر كلام المازري ، وهو الذي يدل عليه كلامهم في الفالج ونحوه ، والمراد بالطب أهله .

كَالْحُمَّى الْحَادَّةِ وَالسُّلِّ وَالْقُـولَنْجِ وَذَاتِ الْجَنْبِ وَالإِسْهَـالِ بِالدَّمِ وَالْحَامِلِ تَبْلُغُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ....

هذه أمثلة للمرض المخوف .

(والحُمَّى الحَادَّة) ؛ أي الشديدة التي يكثر معها شرب الماء و **(السِّلِّ)** بكسر السين : سعال يابس ، **(وَالْقُولَنْجِ)** : انقلاب المعدة حتى يتغوط من فيه .

وذات الجنب هي قرحة تصيب الإنسان داخل جنبه .

واختلـف : هل يحجـر بمجرد دخول الحـامل الشهـر السادس أو حـتى تكمله ؟ ورأى المازري أنه لا يحكم لها في الستة ولا بعدها بحكم المريض .

قال : وحكى بعضهم الإجماع على أنها في حالة الطلق كالمريض ، فإن صح الإجماع، وإلا فمقـتضى النظر أن لا يحكم لها بذلك ؛ لأنه لو كان الموت عـن هذا المرض غالباً لزم ألا تلد المرأة إلا مرة واحدة ، والمعلوم خلافه ، وهذا أيضـاً يدل على أنه اعتبر في المخوف كون الموت عنده أكثر .

ابن القاسم : ويعلم بلوغها الستة بقولها ، ولا يسأل عن ذلك النساء .

وَالْمَحْبُوسِ لِلْقَتْلِ أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ إِنْ خِيفَ عَلَيْهِ الْمَوْتُ

أي : لقتل وجب عليه ببينة عادلة أو اعتراف ، وأما إذا ادعي عليه القتل فحبس ليستبرئ أمره فلا ، وحكى ابن عـبد البر[1] الإجماع على أن من قدم للـقتل في قصاص أو رجم كالمريض .

وقوله : **(أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ)** ظاهره أنه معطوف على ما تقدم ، فيكون محبوساً لقطع يد أو رجل ، وإنما ذكر في « المدونة » إذا قُـرِّب لقطع يد أو رجل ، ولا يلزم مما ذكره في «المدونة » ما ذكره المصنف ؛ لأن الخوف فيمن قرب أكثر .

واعتـرضت هذه المسألة بأنه لو خـيف عليه الموت بالـقطع لم يقم عليه الحـد ، وأجاب بعضهم بأنه لم يقصد الكلام عليـه ، وإنما أجاب عن الفصل الذي سئل عنه ، ولو سئل : هل يقام الحد على من هذا حاله ؟ لقال : لا ، وقيل : لعله مفروض فيمن كان من الحكام يرى قتله حينئذٍ صواباً ويجهل ذلك .

وأجاب القابسي بأن الخوف طرأ بعد إقامة الحد ، وهو إحالة للمسألة لوجهين :

أحدهما : أنه قال في السؤال : قرب لضرب الحد .

والثـاني : قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف الصحيح ، ولو كان كما قال لكان

(١) « الاستذكار » (٦/ ٤٤٠) .

مريضاً لا يختلف في فعله ، وأجاب ابن أبي زيد بأن الخوف إنما حدث منه أو أدركه من الجزع ما يدرك حاضر الزحف ، فحكم له بحكمه ، وهذا أشبه وأولى ، ولو كان القطع لحرابة لم ينبغ أن يلتفت إلى الخوف عليه وأقيم الحد عليه على كل حال ، وإن أدى حده للقتل .

وَحَاضِرِ الزَّحْفِ

هكذا قال الباجي[١] :إنه لا يحكم له بحكم المريض إلا إذا كان في صف المقاتلين وجملتهم، وأما إذا كان في النظّارة أو متوجهاً للقتال قبل وصول الصف فلا ، ولم أرَ في صف الرد نصاً ، وأرى ألا يثبت له هذا الحكم إلا بالكون في صف المقاتلة .

بِخِلافِ الْمُلَجَّجِ فِي الْبَحْرِ وَالنِّيلِ وَقْتَ الْهَوْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ

القولان لمالك في « المدونة » ، ففيها وراكب البحر والنيل حين الخوف والهول ، قال مالك : أفعاله من رأس ماله ، وروي عنه أنها من الثلث .

ونص المسألة عند ابن يونس : فمن طلق زوجته وهو في سفينة أو في لجج البحر أو النيل أو الفرات أو بالدجلة أو بطائح البصرة ، قال : قال مالك : إذا أصاب أهل البحر النوء والريح الشديد ، فخافوا الغرق فأعتق أحدهم عبداً في تلك الحال فهو من رأس المال، ولا يشبه هذا الخوف ، وقد روي عن مالك أن أمر راكب البحر في الثلث .

ابن المواز : والطلاق على نحوه هذا من الاختلاف ، وقد علمت أن المراد بقول المصنف: (**وَقْتَ الْهَوْلِ**) وقت حصوله لا وقت زمانه .

وذكر في «البيان»[٢] في راكب البحر في الوصايا ثلاثة أقوال :

الأول : إجازة أفعاله على كل حال ، قال : وهي رواية ابن القاسم عنه في « المدونة ».

والثاني : أن فعله لا يجوز على كل حال وهو ظاهر ما حكاه سحنون عن مالك في «المدونة » .

الثالث : الفرق بين حال الهول فيه وحال غير الهول .

---

(١) « المنتقى » (٦/ ١٧٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٣/ ٢٥٦) .

وهو دليل قـول غيـر ابن القاسم فـى « العتـبيـة » قال : وهو أشـهر الأقـوال وأولاها بالصواب ؛ لأن راكب البحر حال الهول أخوف على نفسه من المريض .

ابن عـبد السـلام : واختلف فيمن جمـحت به دابته ، فظاهر قول مالك وأشهب وابن وهب أن حكمه كالمريض ، وقال ابن القاسم : حكمه كالصحيح .

بِخِلافِ الْجَرَبِ ، وَالضِّرْسِ ، وَحُمَّى يَوْمٍ ، وَحُمَّى الرِّبْعِ وَالرَّمَدِ ، وَالْبَرَصِ ، وَالْجُذَامِ، وَالْفَالِجِ ....

لأن الغالب على أصحاب هذه الأمراض السلامة ، والموت منها نادر ، وينبغي أن يرجع في هذا إلى ما يقوله ثقـات الأطباء ، فربما أزمنت حمى الربع وخـيف منها الموت ، ولهذا قال في « المدونة »[١] : وأما المفلوج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص وذو القروح والجراح ، فما أقعده وأضناه وبلغ فيه حد الخوف عليه فحكمه حكم المريض ، وما لم يبلغ فيه ذلك فـحكمه حكم الصحيح ، وكأن المصنف إنما تـكلم على هذه الأمراض بمجردها ، من غير أن تُقعد وتُضني ، والله أعلم .

وَيَحْجُرُ الزَّوْجُ فِيمَا زَادَ عَلَى ثُلُثِهَا بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ غَيْرِهِ مِمَّا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ

هذا هو السـبب السابع وخـالفنا فيـه أبو حنيـفة والشـافعي ، ودليلنا مـا رواه أبو داود والنسائي عن داود بن أبي هند وحـبيب المعلِّم عن عمـرو بن شعيب عن أبيـه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « **لا يحل لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها** »[٢] .

وفي النسائي[٣] أيضاً عن حبيب المعلِّم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : لما فتح رسول الله ﷺ مكة قـام خطيباً فقـال في خطبته : « **لا يجـوز لامـرأة عطيـة إلا بإذن زوجها** » .

قال يحيى القطان : إذا روي عن عمرو بن شعيب فهو ثقة ، وداود وحبيب ثقتان خرَّج

(١) « تهذيب المدونة » (٤٠٣/١) .

(٢) أخرجـه أبو داود (٣٥٤٦) والنسائـي (٣٧٥٦) وفي « الكبرى » (٦٥٩٠) وأحـمد (٧٠٥٨) والحاكم (٢٢٩٩) والبيهقي في « الكبرى» (١١١١٢) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٣) أخرجـه النسائي (٣٧٥٧) وأحـمد (٦٦٨١) والبيـهقي في « الكبـرى» (١١١١٥) وصحـحه الألباني - رحمه الله - .

لهمـا الأئمة ، ولأن للزوج حقـا في التجمل بمالهـا ، ولذلك تزوجها ، فلو كـان لها أن تتصرف فيه وتهب بغير إذنه لأضر ذلك به .

وقـوله : (**فـيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُث**) ؛ يعني : وأما الثلث فما دونه فـلا حجر عليها في ذلك، إما لأنها لما كانت محجوراً عليها لغيرها كانت كالمريض ، فيكون من باب تخصيص الخبـر بالقـياس ، وإمـا لما في الصحـيحين أنه ﷺ خطب يوم عـيد وأتى النـساء فـقال : «**تصدقن**» فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب بلال من أقرطهن وخواتمهن[1] .

فيجمع بين الحديثين بـجواز اليسير دون الكثير ، والثلث هو اليسـير المأذون فيه ؛ لقوله ﷺ : « **الثلث ، والثلث كثير** » ، لا سيما وقد روى ابن حبيب أنه ﷺ قال : « **لا يجوز لامرأة أن تعطي من مالها شيئاً له بال بغير إذن زوجها** » ، وشمل الزوج العبد ، وهو ظاهر المذهب ، ورواه أشهب وابن نافع عن مالك .

وقال ابن وهب في « العتبية »[2] : العبد بخلاف الحر لزوجته الحرة أن تتصدق بجميع مالها .

أصبغ : وليس بشيء وله من الحق ما للحر .

محـمد : ولولي السفيه أن يحجر على زوجته ، ومفهوم كلام المصنف أنه لا يمنعها من الثلث فأقل ، ولو قصدت به الضرر .

وهو قول ابن القاسم وأصـبغ في « الواضحة » ، وقال مطرف وابن الماجـشون وأشهب عن مـالك : إذا تصدقت بالثـلث فأقل على وجـه الضـرر بالزوج فله رده ، واختـاره ابن حبيب ، وقيل : إن ضرت بالثلث رد لا بأقل .

قـوله : (**أَوْ عتْق أَوْ غَـيْرِه**) يدخل فيه التدبيـر ، وهو قول ابن الماجشون ، ولمالك في رواية ابن القاسم ومطَرف أنه يمـضي وإن زاد على الثلث ، واختلف أيضاً إذا أعـتقت ثلث عبد لا تملك غيره ، فقال ابن القاسم وابن أبي حازم : ذلك ماضٍ ، وقال ابن الماجشون : هو مردود .

واحتـرز (**بِمَا لَيْسَ بِمُـعَاوَضَة**) من البيع والشراء ونحوهما فـلا حجر عليها في ذلك ، واختـلف : هل لها أن تقـرض كالبـيع - وهو قول ابن دحـون ؛ لأنها تقـتضـيه - أم لا كهبتها، وهو قول ابن الشقاق ؟

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم (٧٩) من حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/٥١٨) .

ومنع في « المدونة » كفـالتها ؛ أي في أكثـر من الثلث ، واحتج به من منع قرضـها ، وفرق بأن في القرض هي الطالبة وفي الحمالة هي المطلوبة .

وَهُوَ جَائِزٌ حَتَّى يَرُدَّهُ الزَّوْجُ ، وَقِيلَ : مَرْدُودٌ إِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِذْنُه

ضمير **(هو)** عائد على **(ما)** في قوله : **(فِيمَا زَادَ)** والقول الأول هو قول ابن القاسم رواه عن مالك ، وقاسه على عتق المديان وبه قال أصبغ .

قال في « المقدمات » (١): وهو المعلوم من قول مالك وأصحابه ، والقول الثاني لمطرف وابن الماجشون .

وفرق بينهـا وبين المديان بأن الغرمـاء لا يصح لهم رد إلا بثبـوت الدين واغتـراق الذمة بالبينة ، وهذا زوج لا يكلف البينة .

ومن ثمرة هذا الخلاف ما قاله ابن رشد لو اختلف الزوجان فيما أعطته : هل هو الثلث أو أزيد ؟ فمن جعل عطيتها على الرد قال : الـقول للزوج ومن جعل عطيتها على الإجازة قال : القول للمرأة .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَأَيَّمَتْ مَضَى اتِّفَاقاً

يعـني : فإن لم يعلم الزوج بعطيتها أكثر من الثلث حتى تأيمت الزوجة بطلاق الزوج أو بموته مضى ما أعطته ، ولم يكن للزوج ولا لورثته مقال باتفاق ، أما على القول بأن فعلها على الجواز حتى يـرد فظاهر ، وأما على الآخر فلأن الزوجيـة معتبـرة شرطاً في الرد وقد فقـدت ، ورد ابن يونس قول مطرف وابن الماجشـون إن فعلها علـى الرد بالاتفاق في هذه المسألة ، قال : لأنه إذا كـان على قولهما على الرد فينبـغي إذا تأيمت أن يكون لها الرجوع فيه ؛ لأنه لم يزل مردوداً .

ابن عـبـد السـلام : وظاهر كلام ابن حـبيب وجود الخلاف في مـوت الزوج هل لورثته مقال؟ والخلاف موجود فيما إذا رد الزوج فعلها ولم يخرج من يدها حتى تأيمت .

وَحَتَّى مَاتَتْ : فَقَوْلاَنِ

أي : وإن لم يعلم الزوج بعطيتها حتى ماتت ، فقال ابن القاسم : ذلك ماضٍ كتأيُّمها ، وقال ابن حـبيب : إذا لم يعلم الزوج بما فعلـت من عتق وعطية حـتى ماتت هي ، أو لم

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٣٤٢) .

يعلم السيد بفعل العبد حتى مات ، فذلك مردود لأن لهما الميراث ، ولعل القولين مبنيان على أن فعلها هل هو على الإجازة أو على الرد ؟

وَإِذَا تبَرَّعَتْ بِمَا زَادَ فَلَهُ أَنْ يُجِيزَ الْجَمِيعَ أَوْ يَرُدَّهُ ، وَقِيلَ : أَوْ يَرُدُّ مَا زَادَ خَاصَّةً كَالْمَرِيضِ ، سِوَى الْعِتْقِ لأَنَّهُ لا يَتَبَعَّضُ ....

(بِمَا زَادَ) ظاهره قلّت الزيادة أو كثرت ، وهو قول ابن نافع وقال ابن القاسم في «المدونة»(١) : إذا زاد كالدينار ونحوه نفذ الجميع .

قوله : (أَوْ يَرُدَّهُ) ؛ أي الجميع ، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة» والقول بأنه لا يرد إذا زادت إلا ما زاد على الثلث هو للمغيرة ، وشبه ذلك بالوصايا وبقوله قال ابن الماجشون وزاد فقال : وأما العبد فيعتق جميعه أو يرده ؛ لئلا يعتق المالك للجميع بعض عبده بلا استتمام ، ونقله ابن يونس عن مالك وابن القاسم وابن أبي حازم ومطرف وابن دينار والمغيرة وغيرهم .

وهذا هو قصد المصنف بقوله : (سِوَى الْعِتْقِ) ؛ لأنه لا يتبعض .

ابن راشد : وقال ابن القاسم : يعتق ثلثه فقط ، وإن كره الزوج ، ورواه عن مالك ، وعلى هذا فقوله : (سِوَى الْعِتْقِ) ليس متفقاً عليه .

وقول المصنف في القول الثاني : (وَقِيلَ : أَوْ يَرُدُّ) صوابه إسقاط (أَوْ) .

فإن قلت : فما الفرق على المشهور هنا في أن للزوج رد الجميع وبين المريض والموصي ، فإنه لا يرد لهما إلا ما زاد على الثلث ، قيل : لأن الأصل إبطال الجميع في الثلاث مسائل؛ لكونه وقع على وجه الممنوع ، وأبطلناه في حق الزوجة ؛ لأنها يمكنها استدراك غرضها بإنشاء الثلث ثانياً بخلاف المريض والموصي ، فإنا لو أبطلنا الجميع لم يمكن استدراك الغرض بموت المعطي ، والله أعلم .

وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ التَّبَرُّعِ بِالثُّلُثِ التَّبَرُّعُ بِبَقِيَّتِه إِلا فِي مَالٍ آخَرَ

ظاهره سواء كان بين التبرعين زمان قريب أو بعيد ، وهو قول عبد الوهاب .

اللخمي : وهو أحسن .

ابن راشد : وهو أصح .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٤٥) .

ووجهـه المازري هاهنا بأنها لو أجـيز لها بـعد إخراج الثلث من هذا المال بعـينه للزم أن تفنيه في كرَّات وهو خلاف المقصود ، لكن فـإن المعروف من المذهب أنه لا يمنعها مطلقاً ، فقد قال ابن المواز : إذا تصدقت بثلث مالها ثم بثلث ما بقي ، وبَعُدَ ما بين العطيتين تمضي الصدقتان ، وحدَّه ابن سهل بالسنة فما فوقها .

وفصل أصبـغ فقال : إذا أعتقت رأسـاً ثم رأساً والزوج غائب ثم قـدم ، فإن كان بين ذلك ستة أشهر فكل واحد عتـق مؤتنف ينظر فيه : هل يحمله الثلث أم لا ؟ وإن كان بين ذلك اليوم واليومان فإن حمل جميعهم الثلث وإلا رد جميعهم ، كعتقها لهم في كلمة وإن كان بين ذلك مثل الشهر والشهـرين مضى الأول إن حمله الثلث ورد ما بعده ، وإن حمله الثلث ؛ لأن مخرجه للضرورة .

ورده ابن يونس وغـيره :بأنه إذا كان مجموعهما الثلث فينبغي أن يجوز ، كما لو كان بكلمة واحدة إلا أن يعلم أنها قصدت الضرر فيدخله الخلاف المتقدم .

ابن عبـد السلام : الأقرب ما قاله المؤلف ، لكن طرده يقـتضي أنها لو تصدقت بسدس مالها أو بربعه ، ثم أرادت بعد ذلك بزمـان طويل أن تتصدق لم يكن لها إلا تمام الثلث إن لم يتزايد مالها .

كتاب الصلح

الصُّلْحُ : مُعَاوَضَةٌ - كَالْبَيْعِ - ، وَإِبْرَاءٌ ، وَإِسْقَاطٌ

النووي : الصلح والإصلاح والمصالحة والاصطلاح : قطع المنازعة ، وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام أو ضمها إذا كمل ، وهو خلاف الفساد ، يقال : صالحته مصالحة وصِلاحاً بكسر الصاد ، ذكره الجوهري[(١)] وغيره ، والصلح يذكر ويؤنث ، وقد يقال : اصطلحا واصَّالحا وتصالحا ، وروى الترمذي وحسنه أنه ﷺ قال : « **الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً** »[(٢)] .

وقوله : (**مُعَاوَضَةٌ... إلى آخره**) الظاهر أنه قصد بالإبراء والإسقاط شيئاً واحداً ؛ لأنه كذلك في «الجواهر» و«التلقين» ، ولأن المصنف إنما تعرض للكلام على الإبراء ، فلو كان الإسقاط مبايناً له لتعرض له ، ويحتمل أن يكون قسمه إلى ثلاثة أقسام ، وهو الأليق باختصار المصنف ، وإنه لا يذكر لفظة زائدة .

وإلى هذا ذهب ابن عبد السلام وقال : المعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه إما في الجنس أو الصفة ، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة إذا كان المدعى فيه غير معين ، والإسقاط وضع بعض المدعى فيه المعين ، كدار أخذ بعضها ، وقيل : استعمل الإسقاط للعيب والإبراء لترك البعض .

وقال ابن راشد : والإبراء أعم من الإسقاط لوجوده مع عدم ثبوت الحق في الإبراء من التهم ومع ثبوته في الإبراء في الديون الثابتة ، وأما الإسقاط فلا يكون إلا في الحقوق الثابتة .

واعترضه ابن عبد السلام بأن المصنف لم يتعرض للإبراء من التهم فلا يحسن أن يقال : إن المصنف أراده وإن كان صحيحاً من جهة اللغة .

---

(١) « الصحاح » (٢/ ١٨٤) .

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (١٥٠٦) والحاكم (٧٠٥٩) والبيهقي في « الكبرى » (١١١٣٤) من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده ، وصححه الألباني رحمه الله .

فَالصُّلْحُ عَنِ الدَّيْنِ كَبَيْعِ الدَّيْنِ ، وَعَنِ الْبَعْضِ إِبْرَاءٌ عَنِ الْبَعْضِ ، وَالْوَضِيعَةُ لازِمَةٌ

أي : إذا ادعى عليه ديناً فأقر به فصالحه عنه ، فإن صالحه عن جميعه بعرض يأخذه منه فذلك كبيعه منه ، فيشترط في الصلح ما يشترط في بيعه ، وإن صالحه عنه بترك بعضه فهو إبراء عن البعض وما وضع عنه فهو لازم له ؛ لأنها هبة مقبوضة ، ويشترط فيها قبول الموهوب في حياة الواهب ، وهل يكفي في ذلك قبول الموهوب له بعد موت الواهب ؟ فيه قولان .

وَيُقَدَّرُ الدَّيْنُ وَالْمَقْبُوضُ كَالْعِوَضَيْنِ

أي : ويقدر الدين المدعى فيه والمقبوض عنه كالعوضين في البيع ؛ أي كما لو باع الدين بعوض فما يجوز في البيع يجوز في الصلح ، وما يمتنع يمتنع .

فَيُعْتَبَرُ : ضَعْ وَتَعَجَّلْ ، وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ ، وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ

عطف بالفاء لأنه كالنتيجة عما قبله ، و(**ضَعْ وَتَعَجَّلْ**) يكون في العين وغيرها ، كما لو ادعى عليه بعشرة دراهم أو عشرة أثواب إلى شهر فأقر بذلك ثم صالحه على ثمانية نقداً .

(**وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ**) إنما يكون في غير العين ، كما لو ادعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر فصالحه على اثني عشر نقداً ، وإن صالحه عنها بدنانير أو دراهم مؤجلة لم يجز ، لأنه فسخ دين في دين ، وهذا معنى قوله : (**وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ**) ، وكذلك يعتبر الصرف المؤخر كما لو صالحه عن دنانير مؤجلة بدراهم أو بالعكس ، وكذلك يعتبر بيع الطعام قبل قبضه فلا يجوز لمن ادعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره ، وكذلك يشترط معرفة ما يصالح عنه ، فإن كان مجهولاً لم يجز .

ولذلك اشترط في « المدونة » في صلح الولد للزوجة على إرثها معرفتها بجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض وإقراره وإلا لم يجز ، وكأن المصنف نبه بالموانع الثلاثة على ما عداها .

وَأَمَّا الصُّلْحُ عَلَى تَرْكِ الْقِيَامِ بِالْعَيْبِ ، فَابْنُ الْقَاسِمِ يَرَى أَنَّهُ مُبَايَعَةٌ بَعْدَ فَسْخِ الأُولَى فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ ، وَفَسْخِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ ، وَأَشْهَبُ يَرَى الْبَيْعَ الأَوَّلَ بَاقِياً، وَهَذَا عِوَضٌ عَنِ الإِسْقَاطِ فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنْ سَلَفٍ جَرَّ مَنْفَعَةً ، وَفَسْخِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

يعني : أن من اشترى سلعة ثم اطلع على عيب بها فقام به فأقر به البائع ، أو قامت به بينة واصطلحا على شيء يدفعه له ويترك القيام بالعيب ، فرأى ابن القاسم أن العقدة الأولى قد انحلت ، وهذه إنشاء مبايعة أخرى ، ورأى أشهب أن العقدة الأولى باقية ، وما وقع به الصلح عوض عن القيام بالعيب .

ومنشأ الخلاف : من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟ وأحسن من هذا أن يقال كما قال المازري وابن شاس وغيرهما : إن من خُيِّر بين شيئين هل يعد مالكاً لما يختاره قبل اختياره أم لا ؟ فإن المتمسك بهذا المغيب ملك أن يتمسك أو يرد ، فهل يقدر أنه مالك للرد قبل اختياره فيكون الصلح عما ملك ، أو لا يكون مالكاً إلا لما اختاره وهو التمسك ؟ واختار جماعة قول أشهب ؛ لأن القيام بالعيب لا يلزم فيه حل البيع .

اللخمي : وهو أقيس إذا قام بالعيب ولم يقل رددت ، فإن قال : رددت ، فالجواب على قول ابن القاسم ، وقد نقل القصار عن مالك أن قول المشتري : رددت ، فسخ للبيع وإن لم يحكم بذلك ، ويظهر ما بناه المصنف على كل قول بالتمثيل .

فَمَنِ اشْتَرَى عَبْداً بِمِائَةٍ نَقْداً وَنَقَدَهَا فَصَالَحَ عَنْ عَيْبٍ بِمُعَجَّلٍ مِنْ ذَلِكَ النَّقْدِ أَوْ مِنَ الْعُرُوضِ جَازَ عِنْدَهُمَا ....

قوله : (**عَبْداً**) مثال وتبع في فرض المسألة المدونة ، وقيدها في «المدونة» بما إذا كان العبد باقيا ، وذكر للمسألة شرطين : أن يكون الشراء بالنقد ، وأن يكون قد نقد الثمن ، فإذا صالحه بنقد أو عرض جاز عند ابن القاسم وأشهب ، والجواز على قول أشهب واضح، وكذلك على قول ابن القاسم ؛ لأنه لما انتقض البيع الأول وجب للمشتري عند البائع مائة ، أخذ عوضاً عن تسعين منها عبداً واسترد عشرة ، ولهذا كان من شرط الجواز أن تكون العشرة من سكة المائة .

وهو معنى قوله : (**مِنْ ذَلِكَ النَّقْدِ**) أما إذا كانت من سكة أخرى فيمتنع ؛ لأنه بيع ذهب وعبد بذهب .

فَلَوْ صَالَحَ بِعَشَرَةٍ إِلَى شَهْرٍ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ ؛ لأَنَّهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ ؛ لأَنَّهُ اشْتَرَى حِينَئِذٍ الْعَبْدَ بِتِسْعِينَ وَأَخَّرَ الْعَشَرَةَ ، وَجَوَّزَ أَشْهَبُ ؛ لأَنَّهَا عَنِ الْعَيْبِ ....

منع ابن القاسم ؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى وجب للمشتري في ذمة البائع مائة حالة اشترى بتسعين منها عبداً وأخره بعشرة ، وذلك سلف فصار العقد مشتملاً على البيع والسلف ، وجوز أشهب ؛ لأن العقدة الأولى عنده منعقدة فصارت العشرة المؤخرة مأخوذة لأجل العيب ، وليس فيها سلف .

فَلَوْ صَالَحَ قَبْلَ نَقْدِهَا عَلَى تِسْعِينَ وَيُؤَخِّرُ الْعَشَرَةَ إِلَى أَجَلٍ ، انْعَكَسَ الْقَوْلانِ ؛ لأَنَّهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ : تَأْجِيلٌ لِبَيْعٍ مُسْتَأْنَفٍ ، وهُوَ جَائِزٌ ، وَعِنْدَ أَشْهَبَ : أَخَّرَهُ بِالْعَشَرَةِ لِيَسْقُطَ الْعَيْبُ ، فَهُوَ سَلَفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً

أي : لو كانت المسألة بحالها : اشترى عبداً بمائة نقداً ، لكن لم ينقد المشتري المائة حتى اطلع على العيب فصالحه البائع على أن يأخذ منه الآن تسعين ويؤخره بالعشرة الأولى إلى شهر مثلاً انعكس القولان ؛ أي في الصورة لأن ابن القاسم منع في الأولى وأجاز أشهب وهنا بالعكس ، وإلا فكل باقٍ على أصله ، وإنما أجازه ابن القاسم ؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى لم يبق للبائع في ذمة المشتري شيء ثم باعه العبد بيعاً ثانياً بمائة منها تسعون معجلة ومنها عشرة مؤجلة ، ولا مانع في ذلك ، ومنع أشهب ؛ لأن العقدة الأولى منعقدة فللبائع في ذمة المشتري مائة معجلة أخره منها بعشرة ، وذلك سلف ليسقط عنه القيام بالعيب فيكون سلفاً جر منفعة .

وهذا القدر كافٍ في تصوير كلام المصنف ، وإلا فالمسألة يتصور فيها ست وثلاثون صورة ، وبيان ذلك أنه إما أن يشتريه بدنانير أو بدراهم وينقدها ، أو بدراهم ولا ينقدها أو بنقد مؤخر ، وكل من هذه الثلاثة يتصور فيها اثنتا عشرة صورة ، فيقال : إذا اشتراه بنقد ونقده فإما أن يصالح بدراهم أو بذهب أو بعرض فهذه ثلاثة ، ثم كل منها ينقسم إلى قسمين : معجل ومؤجل ، فهذه ستة ، ثم للعبد حالتان : تارة يكون قائماً وتارة يكون فائتاً ، وكذلك الكلام فيما إذا اشتراه بدراهم ولم ينقد ، أو بدراهم مؤجلة .

ولعل المصنف استغنى عن ذكر هذه الأقسام ، ورأى أن من فهم ما ذكره يمكنه فهم ما تركه ، ولنترك نحن أيضاً الكلام عليها تبعاً له ؛ لأن القصد الأهم حل كلامه .

وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى ذَهَبٍ بِوَرِقٍ ، وَبِالْعَكْسِ إِذَا كَانَا حَالَّيْنِ وَعُجِّلَ

هذه المسألة راجعة إلى صرف ما في الذمة ، ومعنى كلامه أن من ادعى على رجل ذهباً فأقر به فإنه يجوز له أن يصالح عنه بورق معجَّل وبالعكس ، ولا شك في اشتراط تعجيل العوض ، وأما حلول ما في الذمة فهو جارٍ على المشهور من أن المعجَّل لما في الذمة يعد مسلفاً .

وأما على الشاذ أن الذمة تبرأ فيجوز وإن كان مؤجلاً ، وعلى قول أشهب بمنع صرف ما في الذمة تمتنع المصالحة هنا .

وَالصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ وَعَلَى الافْتِدَاءِ مِنَ الْيَمِينِ : جَائِزٌ حُكْمُهُ ، وَلا يَحِلُّ لِلظَّالِمِ مِنْهُمَا

صورة الصلح على الإنكار أن يدعي عليه داراً أو عبداً أو غيرهما فينكره ، ثم يصالحه على شيء ، وصورة الافتداء من اليمين أن تتوجه اليمين على المدعى عليه فيفتدي منها بمال، ثم ذكره المصنف أن الصلح على الأمرين جائز حكمه ؛ أي جائز في ظاهر الحكم ، ولا يحل للظالم فيما بينه وبين الله تعالى أن يأخذ ما لا يحل له .

والمذهب جواز الصلح على الإنكار وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد لعموم الحديث المتقدم خلافاً للشافعي وابن الجهم من أصحابنا .

فقول المصنف : (**جَائِزٌ**) خبر عن قوله : (**وَالصُّلْحُ**) ، وهو واضح .

ابن هشام : وإن علم المدعى عليه ببراءته وطلبت منه اليمين فليحلف ، ولا يصالح على شيء من ماله وإن صالح أثم من أربعة أوجه :

لأنه أذل نفسه ، وقال عليه الصلاة والسلام : « **أذل الله من أذل نفسه** » .

الثاني : أنه أطعمه ما لا يحل له .

الثالث : أنه أضاع ماله ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ذلك .

الرابع : جرأه على غيره كما جرأه على نفسه .

ومراد المصنف أن الصلح على الإنكار جائز من حيث الجملة وإلا فلجوازه شروط ، وقد أهملها المصنف ، فشروطه عند مالك ثلاثة ؛ وهي : أن يجوز على دعوى المدعي ، وعلى إنكار المنكر ، وعلى ظاهر الحكم ، وابن القاسم يشترط الأولين فقط ، وأصبغ يشترط شرطاً واحداً ؛ وهو ألا تتفق دعواهما على فساد .

فلو ادعي على رجل دراهم وطعام من بيع واعترف البائع بالطعام وأنكره الدراهم فصالحه على طعام مؤجل أكثر من طعامه ، أو اعترف له بالدراهم فصالحه على دنانير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه ، فحكى ابن رشد[1] الاتفاق على فساده وفسخه لما في ذلك من السلف بزيادة ، والصرف المؤخر .

وإن ادعى عليه غيره عشرة دنانير فأنكره ، فأراد أن يصالحه عنها بدراهم إلى أجل فهذا ممتنع على دعوى المدعي ؛ إذ لا يحل له أن يأخذ في دنانير دراهم إلى أجل ، وجائز على دعوى المدعى عليه ؛ إذ إنما صالح عن يمين وجبت عليه فيمتنع ذلك عند مالك وابن القاسم ؛ لأن من شرطه عندهما أن يجوز على دعواهما معاً ، وهذا لا يجوز على دعوى المدعي .

وأجازه أصبغ ؛ إذ لم تتفق دعواهما على فساد ، وكذلك لو ادعى عليه عشرة أرادب من قرض فقال المدعى عليه : بل لك عندي خمسة من سلم ، فأراد أن يصالحه على دراهم ونحوها معجلة ، فهو جائز على دعوى المدعي ؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ، ولا يجوز على دعوى المدعى عليه ؛ لأن طعام السلم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، فهذا أيضاً يجيزه أصبغ ، ويمنعه مالك وابن القاسم .

ولو ادعى عليه مائة درهم وأنكره فصالحه على خمسين إلى أجل ، أو على تأخير جميعها فهذا جائز على دعوى كل منهما ؛ لأن المدعي يقول : حططت وأخرت فأنا محسن ، والمدعى عليه يقول : افتديت من يمين وجبت عليَّ ، وظاهر الحكم أن فيه سلفاً جر منفعة فالسلف هو التأخير والمنفعة هي سقوط اليمين المنقلبة على المدعي بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه فيسقط جميع المال ، فهذا ممنوع عند مالك لاشتراطه الجواز في ظاهر الحكم ، وأجازه ابن القاسم ؛ لأنه لم يعتبر هذا الشرط ، ولا إشكال في جوازه على قول أصبغ .

ابن محرز : وإن وقع الصلح على السكوت من غير إقرار ولا إنكار فإنه يعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار ، ويعتبر فيه على مذهب مالك الوجوه الثلاثة التي بيناها في الإنكار .

اللخمي : واختلف في الصلح الحرام والمكروه إذا نزل ، فقال مطرف في «كتاب ابن حبيب» : إذا كان الصلح حراماً صراحاً فسخ أبداً ، فيرد إن كان قائماً والقيمة إن كان

---

(١) « المقدمات » (٢/٥١٨) .

فائتـاً، وإن كان من الأشياء المـكروهة مضى ، وقال ابن الماجـشون : إن كان حرامـاً فسخ أبداً، وإن كان مكروهاً فـسخ بحدثان وقوعه فـإن طال أمره مضى ، وقال أصـبغ : يجوز حرامه ومكروهه وإن كان بحدثان وقوعه .

خليل : لعل المراد بالحرام الحرام المتفق على تحريمه وبالمكروه المختلف فيه .

فَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ نَقْضُهُ لأَنَّهُ مَغْلُوبٌ ؟

يـعنـي : لو ادعى عليه بمال فأنكره فصالحـه على بعضه أو خلاف ، ثم ثبت الحق بعد الصلح فإما أن يثبت بإقرار أو ببينة .

وبدأ المصنف بالأول وذكر أن للمدعي نقض الصلح ؛ لأنه كان كالمجبور عليه .

ودل قوله : **(فَلَهُ نَقْضُهُ)** على أن له إمضاءه ، ونص سحنون على ذلك .

فَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا ، فَفِيهَا : لَهُ نَقْضُهُ ، وَقِيلَ : لا

لعله نسب المسألة «للمدونة» ليبين أن المشهور أن له النقض ، ووجهه أنه مغلوب كالأول والقول بأنه ليس له النقض رواه مطرف عن مالك .

والفرق بين هـذه وبين التي قبلهـا على هذا أن المدعى عليه في الأول مـقر على نفـسه بالظلم ، وهذا مقيم على الإنكار ، وأيضاً فإن المدعي في الثانية مفرط لعدم تثبته .

فَإِنْ كَانَ عَالِماً بِهَا وَصَرَّحَ بِإِسْقَاطِهَا لَمْ يَقُمْ بِهَا

أي : وصرح حين المصـالحة بأن لا يقوم بهـا ، لم يقم به لإسقاطه حـقه ، وهكذا في «المدونة»[1] ، وقيدها المازري بأن تكون حاضرة حين الصلح ويكون قادراً على القيام بها .

فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ ، فَقَوْلانِ مُخَرَّجَانِ مِنَ الْمُسْتَحْلِفِ مَعَ عِلْمِهِ بِبَيِّنَةٍ

أي : فإن لم يصرح المدعي العـالم بالبينة ففي ذلك قولان مخرجان عـلى القولين فيمن استحلف خصمه وهو عالم بالبينة ، ومذهب «المدونة» في المسألة عدم القبول ، أما الأولى فقال مالك فيمن ادعى قبل رجل مالاً فـأنكره فصالحه على شيء أخذه ثم وجد بينة أو أقر المطلوب : فإن كان الطالب عالماً بالبينة فلا قيام له ، وإن كانت له بينة غائبة فخاف موته أو إعدام الغريم إلى قـدومهم فلا حجـة له بذلك ، ولو شاء تربص ، وذكر ابن يونس فـيها

---

(١) « المدونة » (٢٤٦/١٣) .

قولين : فقال : وإذا صالح وهو عالم بالبينة قيل : ليس له القيام بها ، وقيل : ذلك له .

وأما المسألة الثانية ففـيها وإن استحلفه بعد علمه بالبينة تاركـاً لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له .

عـيـاض : والأكثر أن معنى تاركا ؛ أي : تاركاً للقـيام بها مع علمه ، وقال آخرون : مصرحاً بترك القيام .

ونقل ابن يونس عن ابن نافع أنه روى عن مالك أنه إذا حلفه وبينتـه حاضرة وهو عالم بها فله القيام بها بعد ذلك ، وقاله أشهب في غير كتاب .

وذكـر المازري أن بعض المتأخـرين خرج الخـلاف في الصلح على الخـلاف في مسـألة الاستحلاف كما أشار إليه المصنف .

خليل : وقد ذكرنا القولين منصوصين فلا حاجة إلى التخريج .

وَلَوْ كَانَتْ غَائِبَةً وَشَرَطَ الْقِيَامَ بِهَا فَلَهُ ذَلِكَ

وفي بعض النسخ عوض (غَائِبَةً) (بـعيدة) ، وكذلك هو في المازري ، وهو الأظهر ؛ لأن القريبة في حكم الحاضرة ؛ يعني إذا صالح لتعذر بينته وشرط القيام بها .

وحكى المصنف الاتفاق تبعاً للمـازري ، وكذلك قال ابن يونس ، وقال ابن يونس : لا ينبغي أن يختلف فيه .

فإن قـيل : يعارض هذا القول ما وقع لابن القاسم فيمن أخر من له دين عليه بشرط أنه متى ادعى القضاء لم يستحلفه ، واصطلح على ذلك أن هذا الصلح لا يلزم ، ومتى ادعى المديان القضاء كان له استحلاف الطالب .

وقـــيل : لا ؛ فالفرق أن اشتـراط إسقاط اليمين خلاف ما يوجـبه الشرع فلم يوفِ له بشرطه ، وذكروا في المذهب أن الخصمين لو اصطلحا على إسقاط البينة أو على أن المدعى عليه إن نكل عن اليمين غرم الحق من غير أن يرد اليمين على المدعي أن ذلك ماضٍ .

فعـارض المازري بين هذا وبين ما قـبله ؛ لأن كون النكول يوجب الغـرامة من غـير رد اليمين على المدعي خلاف الشرع .

وأجاب ابن عبد السلام بأن إسقاط اليمين يؤول إلى سلف جر منفعة ، فلا يلزم بل ولا

يجوز ابتداء ، وأما الصلح على إسقاط البينة فهو على إسقاط حق آدمي بعد وجوبه ، وأيضاً فإسقاط البينة بعد علمه بها وبما شهدت به دليل على خلل عقد التسليم بها في شهادتها ، وأما الصلح على أن المدعى عليه يغرم بالنكول من غير رد يمين فهو موافق لمقتضى الشرع على أنه رأي الحنفية وغيرهم ، فلا يبعد إمضاؤه كغيره من مسائل الخلاف إذا وقع .

واختلف المذهب إذا شرط من باع بثمن مؤجل أنه مصدق في عدم قبض الثمن ما لم تقم للمشتري بينة ، هل يوفى بالشرط أم لا ، أو يوفى للأفاضل فقط ؟ على ثلاثة أقوال.

المازري : وهذا إنما يحسن النظر فيه إذا وقع الصلح على معاوضة ، وأما إن لم تكن معاوضة والتزم المدعى عليه ألا يرد اليمين وأسقط حقه في ردها فإن هذا لا يختلف في جوازه ؛ لأنه إسقاط حق على غير عوض .

وَإِنْ أَشْهَدَ سِرّاً فَقَوْلانِ

هذان القولان ذكرهما ابن يونس وغيره ، ومذهب سحنون القبول ، وقد قال في المقر سرا: يقول : أخرني سنة وأنا أقر لك ؛ ففعل فصالحه على ذلك ، ثم أقام بينة أنه إن كان أشهد سرا : إني إنما أؤخره لأنه جحدني ، ولا أجد بينة ، وإن وجدتها قمت بها فذلك له إن أشهد بذلك قبل الصلح ، وههنا ثماني مسائل : أربع متفق عليها وأربع مختلف فيها ، فأما المتفق عليها :

فالأولى : إن كان له بينة غائبة وأشهد وأعلن .

والثانية : إذا صالح على الإنكار ثم أقر .

والثالثة : إذا صالح على الإنكار ، وذكر ضياع صكه ؛ أي وثيقته ثم وجده بعد الصلح، فهذه الثلاثة اتفق فيها على القبول .

والرابعة : إذا ضاع صكه فقال له الغريم : حقك حق فَأْتِ بالصك فامحه وخذ حقك ، وقال : قد ضاع وأنا أصالحك ، فيفعل ثم يجد ذكر الحق ، فلا رجوع له باتفاق .

ابن يونس : والفرق بين هذه والتي قبلها أن غريمه في هذه معترف ، وإنما طلبه بإحضار صكه ليمحو ما فيه ، فقد رضي هذا بإسقاطه واستعجال حقه ، والأول منكر للحق ، وقد أشهد أنه إنما صالحه لضياع حقه فهو كشاهده أنه إنما يصالح لغيبة بينته .

وأما الأربع المختلف فهي : إذا كانت بينته غائبة وأشهد سرا كما ذكرنا .

الثانية : إذا صالح ولم يعلم ببينة ثم علم ، والمشهور القبول كما تقدم .

والثالثة : إذا صالح وهو عالم ببينته ، وتقدم أن المشهور فيها عدم القبول .

والرابعة : من يقر في السر ويجحد في العلانية فصالحه غريمه على أن يؤخره سنة ، ولو شهد الطالب أنه إنما يؤخره لـغيبة بينته ، فإذا قدمت قـام بها ، فقيل : إن ذلك له إذا علم أنه كان يطلبه وهو يجحده ، وقيل : ليس له ذلك .

خليل : وأفتى بعض أشياخ شيخي بأن ذلك له للضرورة ، وهو قول سحنون ، والآخر لمطرف ، وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة ، والله أعلم .

كتاب الحوالة

الحوالة : نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةٍ تَبْرَأُ بِهَا الأُولَى

عياض وغيره : مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه .

وهي محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا ، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت بيع الدين بالدين ، وعند أكثر مشايخنا مستثناة من الدين بالدين وبيع العين بالعين من غير يد بيد ، كما خصت الشركة والتولية والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه ، وكما خصت العارية من بيع الطعام بالطعام نسيئة ومتفاضلاً ، لما كان سبيل هذه التخصيصات المعروف .

وذهب الباجي إلى أنها ليست حكمها حكم البيع ، ولا هي من هذا الباب ، بل هي عنده من باب النقد ، وذهب أهل الظاهر إلى وجوب القبول في الحوالة ، لما رواه مالك وغيره « **مطل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع** »[1] .

وأجيب بعد التسليم أن الأمر حقيقة في الوجوب لا الندب بأن هنا دليلاً يمنع من الوجوب ؛ لأن صاحب الدين إنما عامل صاحب هذه الذمة : « والمؤمنون عند شروطهم » ولأن الحوالة مترددة بين البيع وفعل المعروف ، وكلاهما غير واجب ، ولأنه لو وجب لكان لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية له ، أو يحيلك على مليء ظالم ، والأول مؤد للضرر ، والثاني مؤد إلى إبطال الحق .

وأجيب عن هذا الوجه بأن المحال يلزمه قبول الحوالة ، ما لم يكثر ذلك فتخرج صورة الضرر بالدلائل الدالة على نفي الضرر ، كقوله ﷺ : « **لا ضرر ولا ضرار** »[2] وقوله ﷺ : « **فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع** » .

عياض : الصواب فيه تسكين التاء ، وبعض المحدثين والرواة يشددها ، يقال : تبعت فلاناً فأنا أتبعه ، ساكن التاء ، ولا يقال : اتبعه بفتح التاء وتشديدها إلا من المشي خلفه .

فرع : وإذا مطل الغنى ردت شهادته عند أصبغ ، وسحنون ؛ لأنه ظالم لا عند محمد

---

(١) أخرجه مالك (١٣٥٤) والبخاري (٢١٦٦) ومسلم (١٥٦٤) عن حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - .

(٢) تقدم تخريجه .

ابن عبد الحكم .

خليل : والظاهر أن من علم من صاحب الدين الاستحياء من المطالبة أن ذلك كالمطل ، والله أعلم .

وقول المصنف : **(نَقْلُ الـدَّيْنِ)** كقوله في «التلقين» : تحويل الحق عن ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى ؛ لأن رسـم القاضي أحسن ، لأنه أبقـى لفظ التحويل ، وإذا أمـكن في الحد إبقاء الألفاظ في معناها اللغوي كان أحسن ؛ لأن الخروج عن مقتضى اللغة خلاف الأصل لأن قول القاضي: (الحق) أحسن أيضاً من قوله : **(الدَّيْنِ)** ؛ لأن المتبادر من الدين ما قابل المنافع بخلاف لفظ الحق ، فإنه يشمل المنافع وغيرها .

واعترضه ابن راشد بأن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني ، والدين لم ينتقل ، وإنما يأخذ مثله من ذمة أخرى .

وقول المصنف : **(نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّة)** فيه حذف مضاف ؛ أي من ذمة إلى ذمة .

وقوله : **(تَبْرَأُ بِهَا الأُولَى)** هو على جهة «البيان» ، قاله ابن راشد .

واعتـرض ابن عبد السـلام قوله : **(تَبْـرَأُ بِهَـا الأُولَى)** لأن البـراءة إنما هي مرتبـة على الحوالـة، لأنك تقول : برأت ذمـة فلان من دينه لأنه أحـالني على فلان ، فـلا يصلح أن يدخل ذلك في الحد لأن العلة غير المعلول .

خـلـيـل : ولعله احترز به من الحـمالة ، فإن فيها شغل ذمـة أخرى بالحق ولا تبرأ به الأولى، قيل : وقوله : **(نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّة)** أعم من أن يكون في الثانية دين أم لا ، وإذا لم يكن في الذمة دين فإما أن تكون حوالة أم لا ، فإن لم تكن فالتعريف غير مانع لصدقه عليه ، وإن كانت حوالة بطل قوله في شروطها : **(ومنها أن يكون على المحال عليه دين)**.

وَلَهُ شُرُوطٌ - مِنْهَا : رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحَالِ دُونَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ

أي : لنقل الدين .

وفي بعض النسخ **(ولها)** فيعود على الحوالة ، وحاصل ما ذكره المصنف أربعة شروط :

الأول : رضا المحـيل والمحال ولا خـلاف في اشتـراط رضا المحـيل؛ لأن الحق متـعلق بذمته، فلا يجـبر على أن يعطيه من ذمة أخرى ، وأما رضا المحال فـهو مبني على مذهب الجمهور في عدم وجوب قبول الحوالة ، وأما على مذهب أهل الظاهر فلا ؛ لوجوب ذلك عليه .

وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور ، وحكى ابن شعبان قولاً باشتراط رضاه والأول أظهر للاتفاق أن لصاحب الحق أن يوكل من شاء على قبض دينه ، وليس لمن عليه الدين كلام .

وعلى المشهور فيشترط في ذلك السلامة من العداوة ، قاله مالك .

المازري : وإنما يعترض الإشكال لو استدان رجل من آخر ديناً ثم حدث بينهما عداوة بعد الاستدانة ، هل يمنع من له الدين من اقتضاء دينه لئلا يبالغ في اقتضاء دينه ويؤذي عدوه ، فيؤمر بأن يوكل غيره أو لا يمنع ؛ لأنها ضرورة سبقت وقد وقعت المعاملة على أن صاحب الحق يقتضي دينه ؟ تردد فيها ابن القصار ، وإشارته تقتضي الميل إلى أنه لا يمكن من الاقتضاء بنفسه ، وعلى المشهور فهل يشترط حضور المحال عليه وإقراره كما في بيع الدين ، وهو قول ابن القاسم أو لا وهو قول ابن الماجشون ؟

وللموثقين من الأندلسيين أيضاً القولان ، وفي «المتيطية» عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه ، ولعل الخلاف منه على الخلاف الذي بين الشيوخ : هل الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين فيسلك بها مسلك البيوع أو هي أصل بنفسها ؟

وَمِنْهَا : أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لِلْمُحِيلِ

لأن حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دين ، لأنها نقل دين من ذمة إلى ذمة .

الباجي(١) : فإن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا ، كانت بلفظ الحمالة أو الحوالة ، إلا ما قاله ابن الماجشون أنها إذا كانت بلفظ الحوالة تكون حوالة.

الباجي : ويلزمه على قوله أن يعتبر رضا المحال عليه ، ويقع في بعض النسخ التنبيه على هذا القول بزيادة (**على المشهور**) بعد الكلام المتقدم .

فَلَوْ أَحَالَهُ عَلَى مَنْ لا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ فَعدِمَ رَجَعَ إِلا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ وَيَشْتَرِطَ الْبَراءَةَ فَلا رُجُوعَ لَهُ ....

هذا تفريع على المشهور ، فلو أحاله على غير أصل دين رجع المحال على المحيل إلا أن يعلم المحال أن المحيل لا شيء له على المحال عليه ، واشترط المحيل على المحال البراءة ، وهكذا قال ابن القاسم في «المدونة»(٢) ، وحصل ابن زرقون فيها خمسة أقوال :

---

(١) « المنتقى » (٤٨٦/٧) .

(٢) « المدونة » (٢٨٩/١٣) .

الأول : لابن القاسم ، لا رجوع له على المحيل .

الثاني : رواية ابن وهب في «المدونة» لا رجوع له إلا في الموت والفلس .

الثالث : رواية مطرف بالخيار ، وهو مثل رواية عيسى عن ابن القاسم .

الرابع : قول أشهب وابن الماجشون : الشرط باطل وهي حمالة لا يطالبه إلا في غيبة المحيل أو عدمه حتى يسمي الحوالة .

والخامس : لمالك وابن القاسم أن الشرط لا ينفعه إلا في ذي سلطان أو سيئ القضاء ، هذا إذا اشترط البراءة .

وإن لم يشترطها ولكنه شرط أن يتبع أيهما شاء فثلاثة أقوال :

الأول : لابن القاسم له شرطه .

الثاني : أنه أيضاً لا ينتفع المشترط إلا لمعنى ، مثل أن يكون الغريم ذا سلطان أو سيئ القضاء .

الثالث : لمالك من رواية أشهب ، وبه قال أشهب وابن الماجشون : الشرط باطل وهي حمالة لا يطالب إلا في غيبة الغريم أو عدمه .

تنبيهات :

الأول : قول ابن زرقون الثاني : رواية ابن وهب في «المدونة» ؛ يدل على أنه حمل رواية ابن وهب على الخلاف ، وأن مذهب ابن القاسم عدم الرجوع مطلقاً ولو فلس أو مات وهو تأويل سحنون وابن رشد .

وتأوله أبو محمد على الوفاق ، وحمل قول ابن القاسم : لا رجوع له على المحيل على ما إذا لم يمت المحال عليه أو فلس وجمع بينهما أيضاً أبو عمران ، قال : لأن في جواب ابن القاسم اشتراط البراءة ، وليس ذلك في رواية ابن وهب ، قال : فابن القاسم يوافق رواية ابن وهب ، وابن وهب يوافق قول ابن القاسم .

الثاني : قال التونسي وابن يونس وغيرهما : وقع في «المدونة» لفظان في الحوالة على أصل دين ، فمرة جعل ذلك حمالة يبدأ بالذي عليه الدين فإن لم يوجد عنده شيء رجع على الذي تحول عليه ، ومرة يبدأ بالمحال عليه فإن فلس رجع على المحيل .

الثالث : ابن عبد السلام : وقع في بعض النسخ بإثر قول المصنف : **(فَلا رُجُوعَ)** ما نصه على القولين وليست بصحيحة لوجهين :

أما **أولاً** : فلأنه لم يقع في المسألة خلاف ، وأما **ثانياً** : فلأن هذه النسخة تشعر بأن المسألة متفق عليها ، وفيها خمسة أقوال كما تقدم .

خليل : وقد يقال : لا نسلم قوله على القولين يشعر باتفاق .

وقد ذكرنا أنه وقع في بعض النسخ زيادة (على المشهور) فتصح هذه النسخة عليها .

وَمِنْهَا : أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ حَالاً ، وَلا يُشْتَرَطُ حُلُولُ مَا على الْمُحَالِ عَلَيْه

هذا هو الشرط الثالث : أن يكون الدين أي المحال به حالاً ، واستقرأه غير واحد من قوله عليه الصلاة والسلام : « **مطل الغني ظلم** »(١) ؛ فإن المطل لا يكون إلا بالحال ، والحوالة رخصة فيقتصر بها على موردها .

ولا يشترط حلول ما على المحال عليه ، لأنه إذا احتال على من لم يحل كان ذلك زيادة في المعروف .

إِلا أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ اشْتَرَطَهُ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ

ظاهر كلامه أن الاستثناء عائد على الجملة الأخيرة ، وهي قوله : **(وَلا يُشْتَرَطُ حُلُولُ مَا على الْمُحَالِ عَلَيْه)** .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يعود عليها وعلى التي قبلها ، ويكون الضمير في **(اشْتَرَطَهُ)** عائد على مطلق الدين الذي هو قدر مشترك بين الدين المحال به والمحال عليه ، ويعضد هذا أنه في «الجواهر»(٢) ذكر الخلاف فيهما ، ونصه : وتجوز الحوالة على نجوم الكتابة إن كانت الكتابة حالة ، ولم يشترط غير ابن القاسم حلولها وكذلك الحوالة بالنجوم، واشترط ابن القاسم حلولها أيضاً ، ولم يشترطه غيره انتهى .

ولكن اعترض ما حكاه ابن شاس والمصنف في الكتابة المحال عليها .

وأما الكتابة المحال بها فاشترط ابن القاسم في «المدونة» حلولها ، قال : وإلا فهي فسخ

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « الجواهر » (٦٤٨/٢) .

دين في دين ، وقاس ذلك ابن القاسم على ما سمـعه من مالك من منع بيع كتابة المكاتب لأجنبي بما لا يجوز قاله في «المدونة» .

وقال غيره : يجوز ويعتق مكـانه ، لأن ما على المكاتب ليس ديناً ثابتاً ، وهو كمن قال لعـبده : إن جئـتني بمائة دينار فـأنت حر ، ثم قـال : إن جئـتني بألف درهم فأنـت حر واشترط ابن القـاسم الحلول لما تقدم أن من شرط الدين المحال بـه الحلول ، ورأي الغير أن ذلك ليس ديناً ثابتـاً كالديون ، وإلى ذلك أشـار الغيـر بالتشـبيـه بقوله : وهو كـمن قال لعبده. . .الخ .

وعارض الأشياخ تشبيـه ابن القاسم هذه المسألة بما حكاه عن مالك من منع الأجنبي أن يشتـري كتـابة مكاتب بما لا يجوز ، فـإن الحوالة أمـر بين السيـد وبين مكاتبه أسـقط عنه الكتابة، واعتـاض ماله في ذمة الأجنبي ، فلم تقع بين السيد وبين الأجنبي مـبايعة ، وأما بيع الكتابة من أجنبي فهـي مبايعة بينه وبين الأجنبي لا بينه وبين مكاتبه ، وهذا مـفترق ، ولهذا اختار سحنون وابن يونس وغيرهما قول الغير هنا .

وحكى عبد الحق[1] عن بعض شيوخه أنه يختلف ابن القاسم وغيره إذا سكتا عن شرط تعجيل العتق وعن بقائه مكاتباً ، فقال ابن القاسم : يفسخ ما لم يفت بالأداء ، وعند غيره يحكم بتعجيل العتق .

وأما لو أحال بشرط تعجيل العتق فلا يختلفان في الجواز ولا في عدمه بشرط عدمه .

وأما كتابة المحال عليها فلا يشتـرط ابن القاسم ولا غيره فيها الحلول ولا يعرف منها من قال به ، ونصها في «المدونة» .

ابن القاسم : وإن أحالك مكاتب بالكتابة على مكاتب له وله عليه مقدار ما على الأعلى فلا يجوز لك إلا أن تبتل أنت عتق الأعلى فيجوز .

ابن يونس[2] : يريد وإن لم تحل كتابة الأعلى فيجوز بشرط تعجيل العتق ، كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق .

قـال في «المدونة»[3] : ثم إن عجـز الأسفل كان ذلك رقـا ، ولا ترجع على المكاتب

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٧٦) .

(٢) الجامع لابن يونس (٦/ ٧٥) .

(٣) « المدونة » (٢/ ٦) .

الأعلى بشيء ، لأن الحوالة كـالبيع ، وقد تمت حـرمته ، هذا كله بشـرط أن يكون المحال السيد لا الأجنبي .

التـونسي : والمكاتب جائز له أن يحيل لسيده بمـا حل من كتابته على ما لم يحل ، وإن كان المحال أجنبيا لم يجز ، قال : وهي لو حلت لم تجز للأجنبي ، لأن الحوالة إنما أجيزت في الأجنبي إذا أحـيل على مثل الدين ، وههنا قـد يعجز المـكاتب المحال عليه ، فـتصـير الحوالة قـد وقعت على جنس غـير الدين ، كـما لو كان على رجل ديـن لأجنبي فأراد أن يحيله بذلك على مكاتبه ما جاز ذلك ، لأنه قد يعجز فـتصير الحوالة قد خالفت ما رخص فيه منها ، وهو أن يكون المحال عليه من جنس المحال به .

فإن قيل : فأنتم تجيزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته تارة ورقبته أخرى ، قيل: أصل الحوالة رخصة ، لأنهـا مستثناة من بيع الدين بالدين ، فلا يتعدى بهـا ما خفف منها انتهى .

والاعتراض على ابن شاس(١) أقوى منه على المصنف ، لأن ابن شاس صرح بالخلاف فيها.

فإن قلت : لا يلزم من عدم الاطلاع على الخلاف ألا يكون .

قـيل : قال ابن عبد السلام : إنما أنكرنا على المصنف وابن شاس ذكر الخلاف بعد طول البحث عنه في مظانه ولم نجده مع الاستعانة في ذلك بمن يظن حفظه .

فـإن قلت : لم لا تجعـل الاستثناء فـي قوله : **(إلا أنَّ ابْنَ الْقَـاسِمِ اشْتَرَطَهُ فِـي نُجُومِ الْكِتَـابَةِ)** راجعاً إلى الجـملة الأولى ليوافق المنقول ، ولا يكون حينئـذ على كلام المصنف اعتراض .

قـيل : لم يقل أحد بعـوده إلى الجملة الأولى فقط ، وإنما اختلف هل يعـود للأخيرة فقط، أو للجميع ؟ نعم ، قد يعود إلى الأولى بقرينة ، ولا قرينة .

تنبـيه : عارض الأشياخ اشـتراطه في المسألة الثانية في الجـواز أن يعجل عتق الأعلى وقالوا: لا معنى لـهذا الشرط ، ورأوا أن لفظ الحوالة كاف في ذلك ، لأنهـا تستلزم براءة ذمة المحيل بنفس عقد الحوالة .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٤٩) .

المازري : وعندي أن هذا الشرط ليس ملغى ، والقدر فيه عندى أن السيد إذا أحيل على كتابة مكاتب لمكـاتبه فإنه لم يتعجل قـبض الكتابة ، فيكون ذلك كما لـو قبض من مكاتبه جمـيع الكتابة ، فيكون حـر بقبض جمـيعهـا ، وهذه هنا لم يقبض ، فـيمكن أن يكون القصد بها أن يوقف العتق حتى يعلم ما يحصل للسيد الأعلى أو يقصدان بذلك أن يتمادى السيد الأعلى على نجوم كتابة الأسفل ، وإن عـجز قام له المكاتب الأعلى ببقية الكتابة التي كانت له عليـه ولو قصد ذلك لكان ذلك ممنوعـاً في أحد القولين ، لأن المعـاوضة التي لا تجوز بين الأجنبيين يسامح بها بين المكاتب وسيده إذا اشترطا تعجيل العتق ، لكون السادات يندبون إلى عتق عبيدهم ، ولهم أن يعتقوا بغـير عوض ، وندبوا أيضاً إلى أن يضعوا شيئاً من آخر الكتـابة استعجالاً لـلعتق ، وإن فعلوا ذلك من غيـر اشتراط العتق أجـروا مجرى الأجانب في التـعاوض ، هذا أحد القـولين ، وقيل بالجواز وإن لم يشـترط تعجـيل العتق التفاتاً إلى أن ما يأخذه السيد وما سلمه كأنه في حكم ملكه .

وَمِنْهَا : أَنْ يَـكُونَا مُتَجَـانِسَيْنِ ، وَلا يَفْـتَقِـرُ إِلَى الرِّضَا لَوْ أُعْطِيَـهُ فَيَجُوزُ بِالأَعْلَى عَلَى الأَدْنَى....

هذا هو الشرط الرابع .

(**مُـتَجَـانِسَـيْنِ**) كذهب وذهب وفضـة بفضة ، فلا تجوز الإحـالة بذهب على فضة ولا بالعكس .

(**وَلا يَفْـتَقـرُ إِلَى الرِّضَا لَوْ أُعْطِيَـهُ**) فيكونان مـتمـاثلين في القدر والصـفة ، هذا ظاهر كلامه، لكن قوله بإثره : (**فَيَجُوزُ بِالأَعْلَى عَلَى الأَدْنَى**) يدل على أنه إنما أراد السلامة من السلف بزيادة .

وقد صرح بالجواز فيما إذا تحول من الأعلى عن الأدى ، ولا شك أن إعطاءه الأدنى عن الأعلى مفتقر إلى الرضا ، وتقدير كلامـه : فيجوز أن يحتال بالأعلى عن الأدنى ، كما لو كان له فضة محمدية ، فأحيل على يزيدية .

وفي بعض النسخ (**على**) موضع (**عن**) ، وقد وقع ذلك في كلام العرب ، ولا يصح أن تكون (عن) باقـية على مـعناها ؛ لأنه يكون المعنى حيـنئذٍ : فيـجوز أخـذ الأعلى عن الأدنى ، وذلك لا يجوز ، صرح بذلك غير واحد .

ومقتضى كلامه : إذا أعطى من له أدنى على أنه يجـبر على قبوله ، وهو مثل ماله في السلم ، وقد نبهنا هناك على أن ظاهر المذهب خلافه .

وما ذكره المصنف من جواز التحول بالأعلى عن الأدنى موافق للّخمي والمازري وابن شاس ، ووجهه أنه أقوى في المعروف ، فكان جوازه أجدر ، كما لو احتال بدين حالٍّ على من لم يحل .

وفي «المقدمات»(١) و «التنبيهات» : اشتراط أن يكون الدين الذي تحول به مثل الذي تحول عليه في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر ، ولا أدنى ، ولا أفضل ؛ لأنه إذا كان أقل أو أكثر أو مخالفاً في الجنس والصفة لم تكن حوالة وكان بيعاً على وجه المكايسة ، وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل فإنما ذلك إذا لم يقع التقابض في الحال ، وأما لو قبضه لجاز ، ففي «المدونة»(٢) : إذا اختلفا في الصنف أو في الجودة والصنف واحد ، وهما طعام أو عين أو عرض من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فلا تصح الحوالة وإن حلاً .

محمد : إلا أن يقبضه قبل أن يفترقا فيجوز إلا في الطعام من بيع فلا يصح أن يقبضه إلا صاحبه ، قال : وكذلك إن كان أحدهما ذهباً والآخر ورقاً فلا يحيله به ، وإن حلاً ، إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاث وقبل طول المجلس ، وهذا مما يؤيد ما قاله ابن رشد والقاضي .

وقوله : (**لا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا**) يحتمل أن يبنى للفاعل ، وضمير الفاعل فيه عائد على المحيل ، وضمير المفعول في (**أُعْطِيَهُ**) عائد على ما في ذمة المحال عليه ؛ أي لا يتوقف على رضا المحيل لو أعطي ما في ذمة المحال عليه ؛ ولا يجوز أن يعود على المحال ؛ لأنه يلزم منه أن المحال إذا أعطيه الأعلى جاز ، وليس كذلك .

ويحتمل أن يكون مبنياً للمفعول ، ويكون مفعوله عائداً على ما فهم من الكلام وهو الدين ، وضمير (**أُعْطِيَهُ**) عائد على الدين المحال به ، أي لا يفتقر إلى الرضا في أخذ الدين المحال به لو أعطيه من له دين .

تنبيه : زاد صاحب «المقدمات»(٣) وصاحب «التنبيهات» شرطاً آخر ، وهو ألا يكون الدينان طعاماً من سلم ، سواء حلا أو لم يحلا ؛ لئلا يدخلا بيع طعام قبل قبضه ، وسواء كان الطعامان متفقين أم لا ، استوت رؤوس الأموال أم لا ، وأجاز أشهب إذا اتفقت رؤوس

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٤٠٤) .

(٢) « المدونة » (٣/ ١٤) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٤٠٤) .

الأموال واتفق الطعـامان تشبيـهاً بالتولية ، فـإن كان الطعامان من قـرض جاز ، وإن كان أحدهمـا من بيع والآخر من قرض جـازت الحوالة عند ابن القاسم بشـرط حلول الطعامين معاً .

وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه إلا ابـن القاسم جواز الحوالة بشرط حلول المحال به خاصة .

فَلَوْ أُفْلِسَ أَوْ جُحِدَ فَعَلَى الْمُحَالِ إِلا أَنْ يَكُونَ الْمُحِيلُ عَالِماً بِالإِفْلاسِ دُونَهُ

يـعنـي : فلو أفلس المحال عليه أو جحد الحق بعد تمام الحـوالة فالمصيبة على المحال ولا رجوع له على المحيل لحصول البراءة ، إلا أن يكون المحيل عالماً بإفلاس المحال عليه دونه ؛ أي دون المحال ، فللمحال حينئذٍ الرجوع على المحيل ؛ لأنه غرَّه .

وقوله : **(يعلـم دونه)** هو ظاهر إذا كان المحال عليه ظاهر الملاء ، وأما لو شك المحال في ملائه ، وكان المحيل عالماً بالإفلاس .

المـــازري : الأظهر عندي أن يكون له الرجـوع كالأول ، ومسألة الفلس صحـيحة في «المدونة» وغيرها ، وقيدها المغيرة فقال : إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل إذا فلس المحال عليه ، فيمكن من شرطه ، وأما مسألة الجحود فتبع المصنف فيها ابن شاس(١) .

وذكر المازري أنه لا يعلم لمالك فيها نصا ، لكنه أشار في تعليل المذهب إلى مثل ما قاله المصنف ؛ لأنه قال : وما يشـير إليه من أن الحوالة كالقبض يصـحح أن الجحود لا يوجب الرجوع على المحـيل ، وكذلك قـال بعض أشياخـه : إن الجحود لا يوجـب الرجوع على المحيل ؛ لأن المحال فرط إذ لم يشهد وعلى هذا عوَّل ابن شاس والمصنف ، والله أعلم .

وتردد التونسي في هذه المسألة ، واختار عدم الرجـوع إذا كانت الحوالة على حاضر مقر بالدين ، والرجوع إذا كان غائباً ، فقال : انظر لو أحاله ثم أنكر المحال عليه أن يكون عليه دين هل يكون ذلك عيبـاً في الحوالة لقول المحال : لو علمت أنه ليس عليـه بينة ما قبلت الحوالة .

أو يقال : أنت مفرط حين أحالك عليه ، وهو حـاضر مقر ولم تشهد عليه ، وهذا هو الأظهر ، ولكن لو لم يحضـر فقبل الحوالة ، فلما حضر أنكر لا ينبـغي أن يكون للمحال

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٤٩) .

في ذلك حجة .

المــازري : وعندي أن النظر يقتضي فيما قاله تفصيلاً ، فإن كان الغالب في الديون الإشهاد عليها وترك ذلك نادر ، وقال المحال حين جحود المحال عليه : إنما لم أشهد ليقيني بأن المحيل قد كان أشهد عليه على ما تقتضيه العادة ، فلما كتمني أنه لم يشهد عليه صار ذلك كالتغرير منه فوجب لي الرجوع عليه ، كما لو علم بفقر المحال عليه فكتمه .

وأما إطلاقه القول بأن الحوالة إذا كانت على غائب أن يرجع فصحيح ، بشرط أن يكون المحال لم يصدق المحيل في كونه يستحق ديناً على الغائب ، وأما لو صدقه في ذلك وقبل الحوالة وهو يعلم أن لا بينة على الغائب ، فهذا مما ينظر فيه .

وقد اختلف المذهب الاختلاف المشهور في رجل أتى لمن عنده وديعة لإنسان فقال : أرسلنى من أودعكها لإقباضها ، فصدقه فيما ذكر ودفعها له ، ثم قدم صاحب الوديعة وأنكر الإرسال ، وحكم على دافعها بغرامتها ؛ هل له أن يستردها ممن قبضها ويكون إنما صدقه بشرط أن يأتي صاحب الوديعة ويصدقه فيسترد منه ما أعطاه ، أو يكون تصديقه له يمنع من الرجوع على الرسول لاعتقاده أن صاحب الوديعة ظلمه في طلبه بالغرامة وقد أخذها منه ؟ وهذا يلاحظ ما نحن فيه من اعتبار كون المحال إنما صدق المحيل بشرط أن يأتي الغائب فيقر بالدين أو صدقه على الإطلاق ، واعتقد أنه لم يكذب ، انتهى .

ويقع في بعض النسخ عوض **(جحد)** **(حجر)** من الحجر ، لكن الظاهر هي النسخة الأولى ؛ لأنه يستغنى عن الحجر بالفلس .

ونقل المازري وغير واحد أنه لا يلزم المحال عند ذلك الكشف عن ذمة المحال عليه هل هو غني أو فقير بخلاف شراء الدين فإنه لا يجوز إلا بعد أن يكون من عليه الدين حاضراً مقراً يعرف غناه من عدمه .

وفرق المازري بينهما بأن الدين المشترى يختلف مقدار عوضه باختلاف حال المديان من فقير أو غني ، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولاً فإذا لم يعلم حال المديان صار مشترياً بالمجهول ، والحوالة ليست ببيع على أحد الطريقين عندنا ؛ بل طريقها المعروف .

وعورض ما ذكره المصنف وهو المذهب من أن علم المحيل بإفلاس المحال عليه يوجب للمحال الرجوع إلى ذمة المحيل إن كان غره بما في كتاب المساقاة من «المدونة» : أن من باع

بثمن إلى أجل والمشتري مفلس ولم يعلم البائع بذلك فـقد لزمه البيع ولا مقال به ، وفرق التونسي والمازري بينهمـا بأن البياعات تتكرر كثـيراً لشدة الحاجة إليهـا وعدم الغنى عنها ، فصار الكشف عن ذمة المشتري مما يشق ، فلو لم يجز البيع للبائع إلا بعد الكشف عن ذمة المشتري والبـحث عنها لتوقف أكثـر البياعات بخـلاف الحوالة فإنها لا تتكرر ، فـلا يعسر الكشف عن ذمة المحال عليه .

وزاد المازري فرقاً آخر وهو أن البائع يدفع للمشـتري سلعة تقارب الثمن الذي يحل في ذمته فاستغنى بذلك عن الكشف بخلاف الحوالة .

ابن عبـد السلام : وأشبه ما قيل في الفرق أن الحوالة بيع ذمة بذمة ، وفلس الذمة عيب فيها فيوجب أن يثبت الخيار للمـحال بسبب ظهوره على ذلك العيب ، والعوض في مسألة «المدونة» المذكورة إنما هو الدين لا الذمة ، قال : وهو ضعيف من وجهين :

أحدهـما : لا معنى لكونه الذمة هي العـوض في الحوالة إلا أن الدين تعلق بها ، وهذا مثله في مسألة «المدونة» **قطعاً** .

الثـاني : سلمنا أن فلس الذمة عيب في الحوالة ، لكن العيوب لا يشترط في القيام بها علم البائع وتدليسه ، بل لمن اطلع على العيب القيام به ، سواء علم به البائع أم لا .

وهكذا اعتـرض غير واحد هذه المسـألة بأن فلس المحال عليه حين الحـوالة إما أن يكون عيباً أم لا ؛ فالأول : أن يكون للمحال الرجوع على المحيل سواء علم المحيل بفلس المحال عليه أم لا كغيره من العيوب .

والثاني : لا يكون له الرجوع مطلقاً .

وأجـيب بأنه عيب مع علـم المحيل لغـرره ، وأجاب عـبد الحق بـأن البيع مـبني على المكايسة، فغلظ على البائع فيه ، والحوالة طريقـها المعروف فسهل على المحيل إلا أن يغر ، وأجاب الباجي[1] بأن العيب في السلعة عيب في نفس العوض ، وفلس المحال عليه عيب في محل العوض لا في نفسه ، وبأن الحوالة بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع إلا بما علمه البائع، وبأن الذمم مما يخـفى ظاهرها فصارت كـالمبيع الذي لا يعلم باطنه فـلا يرد إلا أن يعلم أن البائع دلس بعيب .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٤٨٧) .

فرع :

فإن جهل أمر المحيل هل علم بفلس المحال عليه أم لا ؟ فقال مالك : ينظر في ذلك ، فإن كان يتهم أحلف .

الباجي : أي يكون ممن يظن به أنه يرضى بمثل هذا حلف .

فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ثُمَّ رَدَّ بِعَيْبٍ أَوِ اسْتُحِقَّ انْفَسَخَتِ الْحَوَالَةُ عِنْدَ أَشْهَبَ، وَاخْتَارَهُ الأَئِمَّةُ ، وَمَضَتْ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى بَائِعِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا كَالْمَعْرُوفِ أَوْ كَالْبَيْعِ ....

يعني : فلو باع رجل سلعة من رجل ، ثم أحال البائع على ثمنها من له عنده دين ، ثم استحق المبيع من يد المشتري أو رد بعيب ، فلأشهب في «الموازية» : تنفسخ الحوالة ، واختاره محمد وأكثر المتأخرين .

محمد : وبه قال أصحاب مالك كلهم ، وهذا معنى قوله : **(وَاخْتَارَهُ الأَئِمَّةُ)** .

وقاسه محمد على ما اتفق عليه أصحاب مالك من أن المفلس إذا بيع متاعه في دين وجب عليه ، وأخذ ذلك غرماؤه ثم استحق المبيع فإن المشتري يرجع الثمن على من قبضه .

ورده المازري بأن الغرماء لهم الدين كأنهم باعوا بأنفسهم ، فعليهم أن يردوا الثمن إذا استحق المشتري منه ، ومسألة الحوالة وقعت فيها يد ثالثة ؛ وهي يد المحال ، فصار ذلك كفوت الثمن ، وقال ابن القاسم : وهو المنقول عن مالك : تمضي الحوالة .

قوله : **(وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي)** هو من تمام قول ابن القاسم : إذا قلنا بإمضاء الحوالة فإن المشتري يدفع الثمن للمحال ، ثم يرجع به على البائع بناء على أن الحوالة هل هي كالبيع، أو إنما طريقها الإرفاق والمعروف ؟

وقول أشهب مبني على أن الحوالة كالمعروف والصدقة فينتقض بانتقاض ما بنيت عليه ، كما إذا تصدق البائع بثمن سلعة أو وهبه ، ثم استحقت السلعة فإن الهبة والصدقة تبطل إذا لم يقبضها على قول أشهب والمعروف من قول ابن القاسم ، وسيأتي آخر المسألة ما في ذلك ، وقول ابن القاسم مبني على أن الحوالة كالبيع ؛ أي كبيع وقع بعد بيع ، فيكون بمنزلة من باع عبداً بمائة دينار ثم اشترى بالمائة من المشتري ثوباً ثم استحق ، فإن البيع في الثوب لا يبطل ببطلان ما يبنى عليه ، وهو بيع العبد .

المازري : وأشار بعض الأشياخ إلى أن الخلاف مبني في مسألة الحوالة على أنه هل تقدر الحوالة كالفوت لما وقعت فيه فيكون الأمر كما قال ابن القاسم ، أو ليس كالفوت فيكون الأمر كما قال أشهب ؟

واعلم أن قول أشهب مبني على أن رد السلعة بعيب نقض للبيع من أصله ، وعلى قوله: إن لم يكن دفع الثمن للمحال فلا يلزمه ، وإن كان قد دفعه إليه استرجعه ، فإن فات عنده على مذهبه مضى له ، ورجع المشتري بالثمن على البائع .

قال في «البيان»(١) : وقيل لا يلزمه أن يدفعه إليه فإن دفعه إليه لم يكن له أن يأخذه منه ورجع على البائع ، وقيل : لا يلزمه أن يدفعه إليه ، وكان له أن يرجع به عليه وإن فات من يده ، وإن شاء رجع على البائع ؛ لأن الغيب قد كشف أنه أحاله بما لم يملك ، قال : وأما على القول بأنه ابتداء بيع فيلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولاً واحداً .

واعلم أن الخلاف الذي ذكره المصنف مقيد بما إذا كان البائع قد باع ما ظن أنه يملكه ، وأما لو باع ما ظن أنه لا يملكه مثل أن يبيع سلعة لرجل ثم باعها من ثانٍ وأحال على الثاني بدين ، فلا يختلف أن الحوالة ، ويرجع المحال على غريمه ، ووقع في المذهب مسألة اضطرب النقل فيها أشار بعضهم إلى إجراء ما فيها من الخلاف في مسألة الحوالة ، قالوا : إن أصبغ وأبا زيد رويا عن ابن القاسم في «العتبية» فيمن باع عبداً بمائة ، ثم تصدق بها على رجل وأحاله بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد بعيب : أنه إن كان المتصدق عليه قبض الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشيء ، وإن لم يفت بيد المعطي أخذها منه المشتري ، ولا شيء للمعطي .

ابن زرقون : كذا نقله صاحب «النوادر»(٢) وهو وهم ، والذي في سماع أصبغ وأبي زيد في «العتبية» أنها تفوق بمجرد القبض فإذا قبضها الموهوب له لم يتبع بها إلا الواهب ، بمنزلة ما لو قبضها الواهب ثم تصدق بها ، وقال ابن القاسم في «الموازية» مثل ما حكاه أبو محمد عن «العتبية»(٣) .

وروى عيسى عن ابن القاسم في «المدونة» أن نفس الهبة فوت ، ويلزم المبتاع أن يدفعه

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٣٥٧) .

(٢) « النوادر والزيادات » (١٠/١٥٧) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/٣٥٧) .

إلى المتصدق عليه والموهوب إذا كان قد جمع بينهما فأقر له ، ويرجع بالثمن على الواهب وهو قول بعض الرواة في «المدونة» في النكاح الثاني في المرأة تهب صداقها لرجل ، ثم تطلق قبل الدخول : أنه يلزمه أن يدفع جميعه إلى الموهوب له ويرجع بنصفه على المرأة ، قال : ويأتي على ما حكاه محمد عن ابن القاسم في المرأة تأخذ صداقها فتتصدق به وتطلق قبل الدخول أنه يرجع عليها بنصف الصداق ، وترجع هي به على المتصدق عليه ؛ لأنها تصدقت عليه بما لا يصح لها ملكه ألا يفوت ذلك في مسألة الحوالة بحال ، وإن قبضه الموهوب له واستهلكه لأنه وهب ما لم يملك .

قال : ويجري فيها قول خامس أنه إن كان البائع الواهب عديماً كان للمشتري أن يمسك الثمن إن كان لم يدفعه ، وإن كان مليئاً لزمه أن يدفعه إلى الموهوب له ويتبع به الواهب ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في مسألة هبة الصداق المذكورة .

وهذا إنما هو إذا بنينا مسألة الحوالة على المعروف لا على البيع فاعلمه .

وَإِذَا جَرَى لَفْظُ الْحوالَةِ وَتَنَازَعَا فَقَالَ الْمُحِيلُ : وَكَالَةٌ أَوْ سَلَفٌ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ

يعني : إذا صدر لفظ الحوالة بين رجلين ، فقال له مثلاً : أحلتك على فلان ، فقبضه المحال ، فقال المحيل : إنما أردت بذلك التوكيل أو التسلف ، وقال المحال : بل قبضته من دين لي عليك ، فالأصح أنه لا يقبل قول المحيل تغليباً للفظ الحوالة ، وقيل : القول قوله؛ لأنه لا تدرى إرادة نفسه ولا يعلم ذلك إلا من قوله .

وأراد بالأصح قول ابن الماجشون في «المبسوط» في مسألة الوكالة ، قال فيمن تحول بدين له على رجل ، فقال المحيل : ادفعه لي لأني إنما وكلتك في قبضه وتسليمه إليَّ ، وقال المحال : بل كنت استحققته عليك ديناً قبل الحوالة ، فإن كان القابض ممن يشبه أن يكون له قبل المحيل سبب حلف وسقط عنه قول المحيل ، وإن لم يشبه فإنما هو وكيل ، ويحلف ما أدخله إلا وكيلاً .

اللخمي : وأرى أنه حوالة حتى يقوم دليل على الوكالة ؛ مثل أن يكون هذا ممن يتصرف لصاحب الدين أو تكون عادته التوكيل على التقاضي ، وهذا ممن يتوكل في مثل هذا المال .

وغير الأصح هو قول ابن القاسم في «العتبية»[1] في السلف ، قال في من أحال رجلاً

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٣٤٠) .

بدين له على رجل : فـقال المحـيل : إنما أحلتك على دين لي ليكون ذلك سلفـاً عندك ، وقال القابض : أخذته عن دين كان لي عليك وإحـالتي إقرار منك بحقي ، أن القول قول المحيل وهو سلف .

اللخمي : بعد قول ابن الماجشون وابن القاسم والمسألتان سواء .

وعلى هذا فإن في كل واحـدة قول ، وخرج فـيها قول آخـر من الأخرى ، وعلى هذا اعتمد المصنف .

لكن قدح المازري فيـما أخذه من قول ابن القـاسم ، قال : لأن قول المحيل إنما قبـضته ليكون سلفاً لـي عليك ، يشبه الحـوالة على الدين ؛ لأنه لما التزم له أن يسلف مـائة صار ذلك كدين له عليك لمن سألك في التسلف ، فصارت الحوالة ههنا بدين على دين باتفاقهما جميعاً .

وإنما تنتقل المسألة إلى أصل آخر وهو أن من قال : قـبضت من زيد مائة كانت لي عليه ديناً ، وقال زيد : إنما دفعتها إليك لتكون لي سلفاً ، فإن في المسألة قولين : قيل : يصدق القابض ؛ لأنه ما أقـر بعمارة ذمتـه ولا أقر إلا بقبض شرط فيـه أنه يستحقـه ، فلا يؤخذ بأكثـر مما أقر به ، والقـول الآخر أن القـول قول الدافع في أنه إنما دفع ذلك سـلفاً ؛ لأن القابض لو أتاه قبل أن يقـبض منه شيئاً فقال : لي عليك دين ، فـأنكر المدعى عليه ، فإن الإجماع على أن القول قول المدعى عليه ، فكـذلك يجب أن يكون القول قوله في صفة ما دفع وأنه دفعه سلفاً لا قضاء .

ثم قال : وإذا تقـرر هذا فإذا قـضى القاضي ، بأن القول قـول المحال في أنه قـبض ما استحقه فلا تفريع ، وإن حكم بأن القول قول المحيل فهل للمحال أن يرجع على المحيل ؟

اختلف العلماء في ذلك ، فمنهم من قال : إذا رفع أمره إلى القاضي لم يحكم له على المحيل بشيء ؛ لأنه قد اعترف المحيل ببـراءة ذمته بالحوالة ، فليس له أن يطالب ذمته بدين وهو معترف ببراءتها منه ، ولا يصح أن يحكم له القاضي بما يعرف أن الحكم به باطل .

ومنهم من ذهب إلى أنه يحـكم له القاضي ؛ لأن الذي حكم بـه القاضي من تصـديق المحيل في أنه وكل وكالة على القبض لا يقتضي سقوط دعوى المحال ، قال : وهذا القول إنما يتـصور عندي لو كـان المحـيل معـترفـاً بدين المحال ، ولـكن المنازعة إنما وقـعت في المقبوض .

خليل : وانظر على هذا لو ادعى رب الدين على المديان أنه أحاله ، وأنكره المديان فتوجهت اليمين عليه وحلف هو : هل يجوز له إذا أنكر المحال عليه الحق أن يطالب المديان؛ لأن مقتضى دعواه أنه لم يبق له قبله شيء ، وإنما المحال عليه هو الذي ظلمه ، أو يقال: من حُجة صاحب الدين أن يقول للمديان : أنت لما أنكرت الحوالة فأنت معترف ببقاء حقي في ذمتك ، ونظير هذه المسألة لو ادعى الزوج الدخول وأنكرت ثم طلقها ، فهل لها أن تطلبه بجميع الصداق لاعترافه ، أو ليس لها ؛ لاعترافها أنها لا تستحق إلا النصف ؟ في ذلك خلاف .

وقوله : **(جَرَى لَفْظُ الْحوَالَةِ)** يقتضي أن الحوالة تفتقر إلى اللفظ ، وهو صحيح ، ففي «العتبية»[1] عن ابن القاسم في المطلوب يذهب بالطالب إلى غريم له فيأمره بالأخذ منه ويأمره الآخر بالدفع ، فيتقاضاه فيعطيه بعض الحق أو لا يعطيه شيئاً ؛ لأن للطالب أن يرجع على الأول ؛ لأنه يقول : ليس هذا حوالة بالحق ، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي ، وإنما وجه التحول أن يقول : أحيلك بحقك على هذا وأبرأ إليك ، وكذلك أيضاً لو قال : خذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك ، وما أشبه ذلك ، قاله في «البيان»[2] .

قال بعض الشيوخ : وكذلك لو قال : اتبع فلاناً بحقك على الحوالة فاختلف قول مالك إذا قال : اتبع فلاناً ، ولعله رأى في القول بأن ذلك حوالة أن قوله عليه الصلاة والسلام : « **إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع** »[3] يدل على ذلك ، وهذا معنى ما ذكره في «البيان» .

فرع : إذا مات المحال عليه ، فقال المحال : أحلتني على غير أصل دين فأرجع عليك، وقال المحيل : بل على دين فالقول قول المحيل .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٣٣٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٣٣٩) .

(٣) تقدم تخريجه .

كتاب الضمان

الضَّمَانُ : شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى بِالْحَقِّ

هذا التعريف لصاحب «التلقين» (١)، وتصوره ظاهر ، وأورد عليه أنه غير جامع لخروج ضمان الوجه وضمان الطلب ، وأجيب بأن ضمان الوجه تشغل فيه ذمة أخرى على المشهور ، وأما على الشاذ فهو كضمان الطلب ، وإطلاق الضمان عليهما بالمجاز ، والعلاقة المشابهة .

فإن قيل : لا نسلم أنَّ إطلاق الضمان عليهما بالمجاز بل بالحقيقة ، قيل : فيلزم حينئذٍ الاشتراك ؛ لأن الضمان حقيقة في ضمان المال ، ودعوى المجاز خير من دعوى الاشتراك ولو سلم فتكونان حقيقتين مختلفتين ، والحقيقتان لا يجمعان في حد واحد ، ولما كان غير ضمان المال هو المقصود من هذا الباب حده المصنف .

وأورد أيضاً على جمعه أن الضمان كما يكون شغلاً للذمة ، فقد يكون شغلاً للذمتين فأكثر ، وأجيب بأن المراد بـ (**ذِمَّةٍ أُخْرَى**) الجنس .

وأورد أيضاً على منعه أن من باع رجلاً بدين ثم باع آخر بدين يصدق عليه الحد وليس بضمان ، وأجيب بأن الظاهر أن (أل) في (**الْحَقِّ**) للعهد ، والمعهود الحق الذي في الذمة الأولى .

وأورد عليه أيضاً أن لفظ (**الْحَقِّ**) شامل للحق البدني والمالي ، وأجيب بأن الحقوق البدنية خارجة بقول : (**شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى**) لأن الذمم لا تشغل بالحقوق البدنية .

وأورد على منعه أنه لو اشترى سلعة وأشرك غيره فيها لشغل ذمة أخرى ، وكذلك لو ولاه ، وأجيب بأن الشاغل هنا مختلف ، فإن البائع شغل ذمة المشتري والمشتري شغل ذمة المولي والمشرك ، ورد بأن ليس في التعريف ذكر اتحاد الشاغل حتى يخرجهما .

وأَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ

وفي بعض النسخ (خمسة) .

ابن عبد السلام : إن عددت الصِّيغة ، وإلا فهي أربعة ، والأقرب أن الصيغة دليل على

---

(١) « التلقين » (٢/ ٤٤٤) .

الماهية التي الأركان أجزاؤها ، والدليل غير المدلول ، انتهى .

وفي «الجواهر»(١) أركانها خمسة ، وذلك يرجح أن المصنف قصد أن الصيغة ركن ؛ لأن الغالب أنه يتبعه ، ورجح ذلك أيضاً القياس على البيع ونحوه .

الْمَضْمُونُ عَنْهُ لا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ إِذ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ

أي الركن الأول (**الْمَضْمُونُ عَنْهُ**) وهو الذي عليه الدَّين ، والفقهاء يخصصونه باسم الغريم - لا يشترط رضاه ، بل يجوز لغيره أن يضمن عنه الدين بغير رضاه .

واستدل المصنف على ذلك بقوله : (**إِذ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِه**) يعني وإذا جاز أن يؤدَّى عنه فالتزامه في الذمة أولى ، ولإقرار سيدنا رسول الله ﷺ ضمان من ضمن الميت على ما رواه البخاري وغيره ، والرضا منه متعذر ، وفيه بحث .

أَمَّا لَوْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُضَارًا لِعَدَاوَةٍ وشِبْهِهَا فَلا يُمَكَّنُ مِنْهُ

أتى بأما المقتضية للتفصيل ؛ يعني أما ما تقدم من جواز الأداء من غير الرضا إنما هو مع عدم العداوة ، وأما لو قصد بذلك ضرر المديان لعداوة بينهما لم يكن من طلبه ورد قضاؤه.

وفُهِمَ من قَوْلِه : (**فَلا يُمَكَّنُ**) أنه يمكن في الوجه الأول من المطالبة ، ويحتمل قول المصنف (**فَلا يُمَكَّنُ مِنْهُ**) أنه لا يمكّن العدو من دفع الدين ابتداء ، والأول أولى ؛ لأن عدم التمكين من المطالبة مستلزم للمنع ابتداءً بخلاف العكس .

قال في «المدونة»(٢) : ومن أدَّى عن رجل ديناً بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقاً بالمطلوب ، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد سجنه لعدمه لعداوة بينه وبينه منع من ذلك ، وكذلك إن اشتريت ديناً عليه تعنيتاً لم يجز البيع ورد إن علم بهذا، وظاهرها عند ابن يونس وغيره أن قصدَ المشتري وحده الإضرار كافٍ في فسخ المعاوضة ، وكذلك قال بعض المتأخرين ، وقيل : لابد أن يكون البائع عالماً بقصد المشتري الضرر ، وإلا لم يفسخ ، ويباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر .

ابن يونس : وهو أظهر .

اللخمي : ويرد القضاء إذا صدر من عدو إلا أن يعنت الطالب بالمال فيقيم القاضي

---

(١) « الجواهر » (٢/٦٥٣) .

(٢) « المدونة » (٩/٣٢) .

وكيلاً ليقبض ذلك من الغريم .

وقوله : **(وشِبْهِهَا)** أي شبه العداوة كمن عادته الضرر بالناس والتسلط عليهم .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي أَنَّهُ دَفَعَهُ مُحْتَسِباً فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ إِلا بِقَرِينَةٍ

يعـني : إذا ادعى رجل على آخر ديناً ثم قام الدافـع يطلب المال وقال المدفوع عنه : إنما دفعت عني على وجـه المعروف احتسـاباً ، فالقول قول الدافع ؛ لأن الأصـل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده ، إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع ، كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم ظهر له مال لم يعلم به فطلب الرجوع .

ابن عبد السلام : إلا أن تقوم قرينة ، فينبغي أن يحلف الدافع حينئذٍ ويأخذ ما دفع .

وَلا يَجُوزُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ

أي : لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً ، سواء كان من رب الدين أو المديان أو غيرهما .

المازري : وللمنع علتان :

أولاهمـا : أن ذلك من بياعات الغرر ؛ لأن من اشترى سلعة وقال لرجل : تحمل عني بثمنهـا وهو مائة على أن أعطيك عـشرة دنانير ، أو باع سـلعة وقال الآخـر : تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيـك عشرة لم يدر الحميل هل يفلس من تحمل عنه ، أو يغيب فيخسر مائة دينار ، ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيغرم العشرة؟

ثانيتـهما : أنه دائر بين أمرين ممنوعين ؛ لأنه إن أدى الغـريم كان له الجعل باطلاً ، وإن أدى الحمـيل ورجع به على المضـمون صار كـأنه سلف ما أدَّى وربح ذلك الجـعل ، فكان سلفاً بزيادة ملك ويرد الجعل .

ابن القاسم في «الموازية» و «الواضحة» : وإن علم بذلك الطالب سقطت الحمالة ، وإلا ردَّ الجعل والحمالة تامة ، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأصبغ .

وهذا إذا كان الفساد في الحمالة ، أما إن كان الفساد في المتحمل به فكما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدنانير فثلاثة أقوال :

الأول : لابن القاسم في «المدونة»[1] و «العتبية» ، ورواه عن مـالك وهو قول ابن عبد

---

(١) « المدونة » (٩/ ٣٣) .

الحكم أن الحمالة ساقطة ، ومثله في «الموازية »؛ لأن فيها : وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة ، ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أو جهلاه ، علم الحامل بذلك أو جهله .

محمد : وسواء كان الفساد من عقد البيع أو سببه ، وهو قول أشهب أن الحمالة بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلة ووجه هذا القول أن الذي تحمل به هذا الحميل وهو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل .

القول الثاني : أن الحمالة لازمة على كل حال ، علم الحميل بفساد البيع أو لا ، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» ، وقول غيره في «المدونة» وقول سحنون في «نوازله» ، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله للثقة به ، فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به .

الثالث : التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه ، وهو لابن القاسم في «العتبية» ، قال في الذي يعطي ديناراً في دينارين ويتحمل له رجل بالدينارين : إن كان علم علتهما فعليه الدينار الذي أعطاه ، وإن لم يعلم فلا شيء عليه ؛ لأنه يقول : لو علمت لم أتحمل ولم أدخل في الحرام ، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد ، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة باتفاق .

تنبيه :

لا خلاف في ما ذكره المصنف من منع الضمان بالجعل إذا كان الجعل للحميل ، قاله اللخمي .

واخْتُلف إذا كان رب الدَّيْن أعطى المديان شيئاً على إعطائه حميلاً ، فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهما ، وعن أشهب في «العتبية»: لا يصح ، وعنه أيضاً أنه كرهه .

اللخمي وغيره : والجواز أبين ، وهذا إن حل الدين .

اللخمي : ولو قال الحميل : أنا أتحمل لك على أن تعطي لفلان - لغير الغريم - ديناراً، لم يجز .

وقال أشهب في «الموازية» في من له على رجل عشرة دنانير إلى أجل فقال له قبل الأجل : هل لك أن أحط عنك دينارين وتعطيني بالثمانية رهناً أو حميلاً - : لا بأس به ، وقال ابن القاسم : لا يجوز .

اللخــمي : وإنما منعه ابن القاســم ؛ لأن الطالب إنما أخذ الحميل الآن خوفـاً أن يعسر الغريم عند الأجل فيصبر إلى أن يوسر فإذا أعطـاه حميلاً إلى أجل كأن قد تعجل دينه قبل الوقت الذي يصير إليه إذا لم يعطه حميلاً ، فيصير بمنزلة من وضع بعض دينه لتعجيله قبل الأجل .

وَلِذَلِكَ امْتَنَعَ أَنْ يَضْمَنَ أَحَدُهُمَا لِيَضْمَنَهُ الآخَرُ .

أي : ولأجل امتناع الضمان بجعل امتنع ضمان شخص ليضمنه الآخر ؛ لأن كل واحد ضمن صاحبه بجعل ، وهو ضمان صاحبه له .

أَمَّا لَوِ اشْتَرَيَا سِلْعَةً بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ جَازَ لِلْعَمَلِ .

يعني : أن ما قدمه من منع ضمان أحدهما ليضمنه الآخر محمول على ما إذا لم يشتريا سلعة بينهـما على السوية ، فإن هذه الصـورة جائزة ، وإن كان يدخلها الضـمان بجعل ، لكن جوزت لعمل الماضين .

ومفهوم قوله : **(اشْتَرَيَا)** أنه لو باع رجلان سلعة على أن كل واحد منهما حميل بالآخر لم يجز ، وهو قـول ابن لبابة ، لكن قـال ابن رشد : الصـحيح خلافـه ، فقـد أجاز في السلم الثاني من «المدونة»(١) أن يسلم إلى رجلين على أن كل واحد منهما حميل بالآخر ، ومنع في البيوع الفاسدة أن يبيع الرجلان سلعتيهما من رجل على أن كل واحد منهما حميل بالآخر وجعلها بعضهم اختلاف قول .

ابن رشد : والصواب خلافه ، والفرق بينهما أن مسألة البيوع الفاسدة لم تكن كل سلعة شركة بين المتبايعين ، ولذلك منع لأنه قد تستحق سلعة أحدهما ولا تستحق سلعة الآخر.

والفرق عـلى قول ابن لبـابة بين البيع والشـراء أن المشتـريين لو دفع البائع السلعـة إلى أحدهمـا فيما عليـه وعلى صاحبه جـاز ، ولو دفع المشتري إلى أحد المتـبايعين اللذين كل واحد منهما حميل بصاحبه جميع الثمن ، لم يجز .

ومفهوم قوله أنـهما لو اقترضا على أن يكون كل واحد منهمـا ضامناً للآخر لم يجز ، وهو قول ابن الفخَّار ، وأجاز ذلك ابن أبي زمنين وابن العطار .

ابن عبد السلام : وهو الأصح عندي .

---

(١) « المدونة » (٧/ ٢٤٥) .

وقوله : (سِلْعَةً) أي فأكثر ، نص عليه ابن يونس في السلم الثاني .

وقوله : (عَلَى السَّوَاءِ) احترازاً مما لو كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، وتحمل كل واحد منهما بما على الآخر أيضاً مما اشتريا ، فإنه يمتنع إلا أن يتحمل صاحب الثلث بمثل ما تحمل به الآخر فإنه جائز ، نص عليه عبد الحق(١) .

وهذا يرد على المصنف ؛ لأن مفهوم كلامه المنع في هذه الصورة ، اللهم إلا أن يقال : إن قوله : (عَلَى السَّوَاءِ) راجع على الحمالة .

ويجُوزُ الضَّمَانُ عَنِ الْمَيِّتِ.

لأنه معروف منه ، ولا خلاف فيه عندنا .

الْمَضْمونُ لَهُ.

هذا هو الركن الثاني والمضمون له هو رب الدَّيْن .

وفي بعض النسخ : (المضمون) فيعود على الدَّيْن ، وكل منهما لا تشترط معرفته كما نبه عليه المصنف بقوله .

ولا تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ فَلَوْ تَحَمَّلَ دَيْنَ المَيِّتِ وطَرَأَ غَرِيمٌ لَزِمَهُ.

وهو ظاهر التصور .

الضَّامِنُ : شَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ التَبَرُّعِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ.

هذا هو الركن الثالث ، واشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع ؛ لأن الضمان قد يلزم منه تسليف الغريم ما في ذمته ، والسلف عقد معروف .

خليل : على أنَّ الضمان عند أهل المذهب يكفي في الالتزام ممن حصلت له أهلية ، ولا يشترطون فيه الحيازة من جانب آخر كما تشترط في غيره من أبواب المعروف ، وهكذا في «المدونة»(٢) .

ابن يونس : لأنها هبة للذي له الدَّيْن ، فلم يفتقر إلى القبض كحميل الصداق عن الزوج للزوْجة لا يبطل بموت الحميل ، وحكى المازري في ذلك قولين في المذهب :

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٧٧) .
(٢) « المدونة » (١٣/ ٢٨١) .

أحدهما : أن عدم الحوز فيها كعدم الحوز في الهبة .

والثاني : أنه يخالفها لحق المتحمل له ، وخرج بأهلية التبرع الصبي وفاقد العقل والعبد والمريض فيما زاد على الثلث ، ومذهب «المدونة» جواز كفالته بالثلث ، وقال محمد : حمالة المريض جائزة ما لم يدخل على أهل دينه نقص بها ولا يكون المتحمل عنه مليئاً ، فإن كان مليئاً جازت بكل حال ، وقال عبد الملك : إن كان الغريم مليئاً لزمته الكفالة بالثلث ، وإن كان عديماً بطلت ولم تكن في الثلث ؛ إذ لم يرد بها الوصية ، وكذلك المرأة ذات الزوج فيما زاد على ثلثها إلا أن يجيزه الزوج ، وأما في الثلث فيصح لأنها أهل للتبرع فيه .

وإلى هذا أشار بقوله : **(فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ)** ، يريد وما زاد عليه يسيراً كالدينار ولا خلاف في منعها فيما زاد على الثلث إذا كان الغريم معسراً ، وأما إذا كان موسراً فقال اللخمي : منعه ابن القاسم ، وأجازه ابن الماجشون ، وهو أشبه ؛ لأن الغالب السلامة ، ونبه المصنف على ذات الزوج ؛ لأنه قد يتوهم الجواز فيها مطلقاً لكونها لا تؤدي شيئاً في الحال .

تنبيه :

لا إشكال في أن منع الزوجة من الحمالة فيما زاد على ثلثها إنما هو لحق الزوج ، فلذلك إذا ضمنته هو جاز وإن استغرق مالها ، فإن ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له أو عنه لم يقبل منها إلا ببينة عند ابن القاسم ، ووافقه أشهب في الحوالة لها به ، وألحق بالبينة إذا كان المتحمل له عالماً بأن زوجها أكرهها ، قال : فإن أنكر المتحمل له العلم فعليه اليمين إن ظن به ذلك كالجار القريب والنسب ، وقال فيما إذا ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له : إن عرف بالإساءة لها وقهرها فالقول قولها ، ورأى أن هذه قرينة حال تشهد بصدقها .

محمد بن عبد الحكم : وإن تكلفت ذات زوج برجل آخر على أن لا مال عليها فلزوجها رد ذلك ؛ لأنه يقول : تحبس وأُمنع منها ، وتخرج للخصومة وليس ذلك عليَّ .

وَإِذَا رَدَّ السَّيِّدُ ضَمَانَ الْعَبْدِ أَوِ الْمُدَبَّرِ أَوْ أُمِّ الْوَلَدِ لَمْ يُتْبَعْ بِهِ إِذَا عَتَقَ .

دلَّ كلامه على أنهم ليس لهم أن يضمنوا ابتداء من غير إذن السيد لحقه ، ودل أيضاً على أن ضمانهم موقوف ، وأن للسيد إجازته ورده .

وقوله : (رَدَّ) محمول على مجرد عدم الإجازة ، وأما لو أسقط ذلك عنهم لما لزمهم شيء بعد كسائر عطاياهم ، نص عليه في «المدونة»[١] ، ومذهبها جواز ضمان المكاتب بإذن السيد ، وقال غيره فيها : لا يجوز ، والمشهور : ليس له أن يضمن بغير إذنه خلافاً لابن الماجشون .

وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان على المشهور ، وجعل في «المدونة» في باب الكفالة رد السيد رد إبطال ، وفي الاعتكاف ما يدل على أنه رد إيقاف ؛ لأن فيه إن نذر عبدٌ عكوفاً فمنعه سيده لزمه ذلك إن عتق ، وكذلك المشي والصدقة إذا نذر ذلك فلسيده منعه ، فإن عتق يوماً لزمه ما نذر من مشي أو صدقة إن بقي ماله ذلك بيده ، فرأى بعض الأندلسيين أنه اختلاف قول ، وقال بعض القرويين : معنى قوله : (إن بقي ماله ذلك بيده) أي المال الذي نذر فيه لا الشيء المتصدق به بعينه ، وقال ما في الاعتكاف منع ولم يرد ، والذي في النذور رد ، ولا خلاف أن رد الغرماء رد إيقاف ولا يستلزم الإذن في التجارة الإذن في الحمالة على مذهب «المدونة» خلافاً لابن الماجشون ، وعلل القاضي إسماعيل قوله بأن في تحمله استئلافاً لمن يعامله ويتحمل عنه .

وَلِلْمَضْمُونِ لَهُ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ ، وَفِيهَا : لا يُطَالَبُ الكَفِيلَ والأَصْلُ حَاضِرٌ مَلِيءٌ لَكِنْ إِذَا غَابَ أَوْ فلِسَ ، ورآهُ كَالرَّهْنِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ مِلْطَاطاً ....

الجوهري [٢]: يقال لطَّ الرجل إذا اشتد في الأمر والخصومة ، وقال قبله : لطَّه ؛ أي حجره ، وهذان القولان لمالك في «المدونة»[٣] وغيرها كان أولاً يقول : له أن يأخذ من شاء منهما ، ثم رجع إلى أنه لا يطالب الضامن والأصل حاضر مليء ، وبه أخذ ابن القاسم .

ابن رشد : وهي الرواية المشهورة .

ولعل المصنف نسبها «للمدونة» دون غيرها ليبين أنها المشهورة .

وقوله : (**لَكِنْ إِذَا غَابَ أَوْ فلِسَ**) راجع إلى قوله : (**حَاضِرٌ مَلِيءٌ**) الأول للأول والثاني للثاني ، وألحق في «المدونة» بالمفلس المديان إذا خشي رب الدين إذا قام عليه المحاصة .

---

(١) « المدونة » (٧/ ٢٧٠) .

(٢) « الصحاح » (٢/ ١٤٠) .

(٣) « المدونة » (٧/ ٢٧٠) .

وقـوله : (**وراَه كَـالرَّهْنِ**) توجيه للمرجـوع إليه ، وهو لصاحب «النكت» ؛ أي أن الحـميل لما كـان يدخل للتـوثقـة شـابه الرهن ، فكمـا أنه لا سبـيل للرهن إلا عند عـدم المطلوب، فكذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المطلوب .

والضمير في (**راَه**) عائد على مالكه ، والهاء عائدة على الحميل .

قال جماعـة : ومنشأ الخلاف قوله ﷺ : «**الزعيـم غارم**» هل يقتضي الـعموم لأنه لم يفصل ، أو هو مجمل ؟

وفيَ قـوله : «**غـارم**» إشارة إلى أنه إنما يغرم ما قـد صار في حيز التلف ، بأن يكون الغريم فقيراً أو ممتنعاً .

وفي قول المصنف : (**لَكِنْ إذَا غَـابَ**) إطلاق يقيد بما إذا لم يكن للغائب مال حاضر ، ففي «المدونة» : وأما إن كانَ للغـائب مالٌ حاضر يُعدى فيه فلا يتبع الـكفيل ، قال غيره : إلا أن يكون في تثبيت ذلك ، وفي النظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل .

ابن رشد في «الأسئلة» : وهو تفسير لا خلاف ، كـذا حمله من أدركنا من الشيوخ ، وبه جرى العمل .

وقـــوله : (**مِـلْطَـاطـاً**) وقد تقـدم قول الجوهري : ألطَّ الرجل إذا انـتـشب في الأمر والخصومة ، وقال قبل ذلك : لططت حقه إذا جحدته ، والأول أقرب إلى مراد المصنف .

ابن راشد : وهذا لا ينبغي عدَّه خلافاً ، بل هو جارٍ على المشهور ، وكذلك ذكره غيره قال : وإذا فرَّعنا عـلى الرواية المشهورة : وطلب الغريم فـوجده عديماً أو غائبـاً موسراً أو فقيراً أو حاضراً مدياناً فخاف الطالب إن قام عليه الحصاص أو يكون حاضراً مِلدّاً فله طلب الحميل .

فروع مرتبة على المشهور :

أولها : لو قام الطالب على الحميل فقال الحميل: الغريم مليء ، وقال الطالب : بل هو عديم ، ففي «المقدمات»[1] : اختلف هل القول للطالب ويغرم الحميل إلا أن يقيم الحميل بينة بملاء الغريم وهو قول سحنون في «نوازله» ، أو القول للحميل إلا أن يقيم الطالب بينة بعدم الغريم ، وهـو ظاهر ما في سماع سحنـون في كتاب النكاح أن الغريم مـحمول على اليسر ، وذكر ابن زرقون القولين عن ابن القاسم ، والأظهر هو الثاني .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٧٣).

الثاني : لو اشترط الطالب أن يبدأ بأيهما أحب فاختلف قول مالك وابن القاسم هل يوفي بالشرط أم لا ؟ ففي «المقدمات»[(١)] و «البيان»[(٢)] : المشهور عن ابن القاسم في «المدونة» وغيرها أن الشرط عامل ، وبعدمه أخذ أشهب وابن كنانة وابن الماجشون .

الثالث : لو اشترط البداية بالحميل .

المازري : فإن كان في ذلك الشرط منفعة لمشترطه لكونه أملأ أو أسمح قضاء أو أيسر وجب الوفاء بشرطه ، وإن لم تظهر المنفعة جرى على الخلاف في الوفاء بما لا يفيد ، وفيه قولان .

وعمم صاحب «البيان» الخلاف سواء ظهر للشرط فائدة أو لا ، إلا أنه زاد ثالثاً بإعمال الشرط في المسيء المطالبة وفي ذي سلطان ، نسبه لابن القاسم ، ورابعها : بإعمال الشرط مطلقاً ، إن كان في أصل البيع وإن كان بعد البيع نفعه في سيء القضاء وفي ذي السلطان، قال : وهو أيضاً لابن القاسم .

الرابع : لو شرط الحميل ألا يرجع عليه إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم لم يختلف في إعمال الشرط ، وألحق المازري بذلك إذا كانت العادة عدم مطالبة الضامن إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم .

وَمَهْمَا أَبْرَأَ الأَصْلَ بَرِئَ الْفَرْعُ بِخِلاَفِ الْعَكْسِ .

أي : ومهما أبرأ الطالب **(الأَصْلَ)** أي الغريم (**بَرِئَ**) أي الضامن ؛ لأن طلب الحميل فرع بثبوت الدين عن الغريم ، فإذا ارتفع الأصل ارتفع الفرع ، وهكذا قال الباجي وابن شاس[(٣)]وغيرهما ، فإن قيل : هو خلاف ما وقع لمالك في «الموازية» و «العتبية» ؛ لأن في «الموازية» من رواية أشهب في من باع سلعة وأخذ حميلاً وكتب عليهما أيهما شاء أخذه بحقه ، فمات الغريم فبيعت جميع تركته فاستوفى ثلثى حقه ، ثم سأله الورثة أن يحلل الميت مما بقي ففعل ، فقال الحميل : لا شيء لك عليَّ لأنك حللت الغريم ، قال مالك : يحلف ما وضع إلا للميت وهو على حقه ، وفي «العتبية» في من له حقان حق بالحمالة وحق بغيرها ، وكتب في الحمالة أيهما شاء أخذه بحفه ، ثم مات الغريم واستوفى الطالب

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٧٣).

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٣٤١).

(٣) « الجواهر » (٢/ ٦٥٣).

ثلثي حقه ، وسأله الورثة أن يحلله ففعل ثم طلب الحميل ، فقال الحميل : ليس لك قِبَلي شيء ، فـقـال مـالك : أرى أن يكون الذي أوصل إليـه من مـال الميت بين المسـتـحـقين بالحصص، ويحلف بالله ما وضـعت إلا للميت ، ثم تكون على الحميل حـصته من ذلك الدين .

قـيل : قد أنكر جماعة من الشيوخ هاتين المسـألتين ، أما الأولى فقال ابن المواز : فيها شيء ، وقال في موضع آخـر : فيه نظر ، وكذلك أيضاً استـشكلها ابن يونس وقال : إنما يتوجه الغرم على الحـميل إذا كان الحق ثابتاً على الغريم فإذا سـقط عنه أو بعضه سقط عن الحَمِيلِ ، كما لو أدَّى الغريم الحق أو بعضه .

ابن راشــد : وما قاله ابن يونس هو الصـواب ، وكذلك استشكل في «البيـان» مسألة «العتبية» نحو مـا ذكر ابن يونس ، قال : ورأيت لابن دَحُّون في هذه المسألة أنه قال : إنما لزمه اليمين من أجل الدين الذي كان له بغير حـمالة فيحلف أنه ما حلله إلا من دينه الذي كان له بغير حمالة ، ولو كان الدين كله بحمالة لم يكن له تبع على الحميل ، قال : وهو تأويل تصح به المسألة ، فينبغي أن تحمل عليه ، وإن كان بعيداً عن لفظها .

ابن عبد السلام : ومسألة «الموازية» لا تقبل هذا التأويل .

وأجاب المازري عـن الإشكال الوارد عن المسألتين بأن الناس يعـتـقـدون أن من له الدين يطالب من هو عليه في الآخـرة : ويؤيد اعتقـادهم هذا قوله ﷺ : «**نفس المؤمن مـعلقـة بدينه حـتى يـقـضى عنه**» فأشار إلى أحكام الآخـرة ، وإن مات وعليه دين كان الأمـر فيه هكذا، وامتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه حتى يقضى عنه دينه ، كما ورد في الحديث .

وإذا تقرر هذا وأمكن أن يريد رب الدين - لما سئل أن يحلل الميت المديان - بتحليله ألا يطالبه في الآخـرة ، وإسقاط إثم المطل عنه إن كـان مطله ، فهذا مما يخـتص بالغريم دون الحميل فيحلف من له الدين أنه لم يرد إلا اتباعه في الآخرة ويبقى الحميل مطلوباً بما تحمل به ، ولا يسقـط عنه بالشك ما كـان عليه باليقـين ، فلما رأى المصنف وابن شـاس ما في هاتين الروايتين من الإشكال تبـعاً في ذلك ما ذكره البـاجي وغيره من الشـيوخ ، على أنه يمكن الجمع بينهما بأن يحمل ما ذكره الباجي وابن شاس والمصنف على الغريم الحي ، وما في الروايتين على الغريم الميت ، ولا يبقى في المسـألة خلاف ، وهو الذي يؤخذ من تعليل المازري .

ويحتمل أن يحمل ما ذكره الباجي على ما إذا لم يشترط رب الدين أن يأخذ أيهما شاء، بخلاف مسألة «العتبية» و «الموازية» ، فإنه نص فيهما على الاشتراط ، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام الباجي ؛ لأنه قال : إذا وهب الطالب حقه للغريم برئ الحميل ولو وهب الحق للحميل لم يبرأ الغريم ، وعليه أن يؤدي للمتحمل له ثم قال :

فرع :

ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على أن يأخذ أيهما شاء بحقه ، فمات الغريم فحلله الطالب ، وذكر الروايتين .

قوله : (بِخِلافِ الْعَكْسِ) أي فلا يلزم من براءة الحميل براءة الأصل ، وهكذا في «المدونة» .

فرع :

فإن غاب الغريم وغرم الحميل ، ثم قدم الغريم فأثبت أنه كان دفع ، ففي «الموازية» : ينظر فإذا دفع الحميل الحق قبل الغريم وبعد الأجل فله الرجوع على الغريم ؛ لأن دفعه كان بحق ، ويرجع الغريم بما دفع على صاحب الحق ، وإن كان الغريم قد دفع قبل الحميل فلا تباعة للحميل عليه ، ويرجع الحميل على صاحب الحق بما دفعه إليه ، وإن جهل أمرهما لم يتبع الحميل إلا من دفع إليه إلا أن تكون له بينة أنه الدافع أولاً ، أو بقضاء من سلطان بعد أن يحلف الغريم أنه الدافع قبل ، فإن نكل حلف الحميل فأغرم الغريم ، فإن نكلا جميعاً لم يكن على الغريم شيء .

وَلا يُطَالبُ الضَّامِنُ بِمُؤَجَّلٍ بَعْدَ مَوْتِ الْمَضْمُونِ إلا بَعْدَ اسْتِحْقَاقِه .

يعني : إذا مات المضمون قبل حلول أجل الدين ، فلا يطالب الضامن بالدين إلا بعد الأجَلِ .

وهذا معنى قوله : (**بَعْدَ اسْتِحْقَاقه**) لأنَّه لا يلزم من حلول الدَّيْن على الغريم حلوله على الحميل لبقاء الذمة ، وحكى ابن رشد الاتفاق عليه .

وفي بعض النسخ (ولو مات الأصل تعجله من ماله) ، فإن لم يترك وفاء لم يطلب الكفيل بمؤجل بعد موت المطلوب إلا بعد استحقاقه ، وهي ظاهرة .

ابن القاسم في «المدونة» (١): وإن مات الغريم مليئاً والطالب وارثه برئ الحميل ؛ لأنه إن غرم للطالب شيئاً رجع عليه بمثله في تركة الميت ، والتركة في يده فصار كمقاصة ، فإن مات الغريم معدماً ضمن الكفيل .

ولِلْمَضْمُونِ لَهُ طَلَبُ تَرِكَةِ الضَّامِنِ ويَرْجِعُ وَرَثَتُهُ عَلَى الْمَضْمُونِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِه ،وقِيلَ: يُوقَفُ إِلَى الأَجَلِ فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الأَصْلُ مَلِيئاً أَخَذَهُ الْغَرِيمُ ، قَالَ يَحْيَى : هَذِهِ رِوَايَةُ سُوءٍ ....

لما تكلم على موت المضمون قبل الأجل تكلم على موت الضامن قبله ؛ يعني : وإن مات الضامن قبل الأجل فلِلْمَضْمُونِ لَهُ - أى رب الدَّيْنِ - تعجيل الحقِّ من ورثة الضامن.

قال في «المدونة» (٢): ولو كان الغريم حاضراً مليئاً وله أن يحاصص غرماءَهُ ويرجع إذا أخذ ربُّ الدَّيْن الحق من تركة الضامن ـ ورثة الضامن - على المضمون أي الغريم بعد استحقاقه الدين .

وقوله : **(وقِيلَ)** هذا القول رواه ابن وهب وقاله عبد الملك ، وإنما قال يحيى : هذه رواية سوء لأنه حجر المال من غير فائدة حصلت لورثة الحميل ولا لربِّ الدين ، وقد يهلك فلا يحسن أن يجعل ضمانه من واحد منهما .

خليل : ويظهر أن الوارث لو رضى بإيقافه ، وقال : إن تلف كان ضمانه مني لأخاصم عند الأجل أن يكون القول قوله ، وإليه أشار ابن راشد وجعل عبد الوهاب رواية ابن القاسم مبنية أن للطالب أن يطالب أيهما شاء ، ورواية ابن وهب على أن لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه ، وأنكر ذلك ابن يونس وغيره ، ورأى أن الخلاف هنا مبني على الرواية بعدم مطالبة الضامن إلا من بعد تعذر الأصل ؛ لأن ابن القاسم ممن قال: لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه ، فكيف يفرع على غيره ، وهذا هو الأقرب ، وحكى اللخمي والمازري عن ابن نافع قولاً ثالثاً بالفرق ، فإن كانت تركة الحميل مأمونة واسعة لم يؤخذ الدين منها معجلاً ولا موقوفاً وإلا وقف الدين لتخليصه عند الطَّلب .

تنبيه : هذا حكم ضامن المال ؛ لأن كلام المصنف إنما هو فيه ، وأما ضامن الوجه فسيأتي .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٥٤).

(٢) « المدونة » (١١/ ٣٦٦).

وَلِلضَّامِنِ الْمُطَالَبَةُ بِتَخْلِيصِه عِنْدَ الطَّلَبِ .

قال في «الجواهر»[١] : إن للكفيل إجبار الأصل على تخليصه إذا طولب وليس له ذلك قبل أن يطالب ، وعلى هذا فيكون معنى قول المصنف : **(عِنْدَ الطَّلَبِ)** أي طلب الكفيل ، وهذا إنما يأتي على قول مالك المرجوع عنه .

وقال ابن عبد السلام : يعني أن ربَّ الدين إذا توجَّه له الطلب فسكت عنه أو نص على تأخيره فللحميل ألا يرضى بذلك التـأخير ، ويقول لرب الدين : إما أن تطلب حقك وإلا أسقط عني الحمالة ، وهذا مقيد بما إذا كان الغريم موسراً ، وأما المعسر فلا كلام له .

وحمل كلام المصنف على هذا أحسن ؛ لأنه المتبادر إلى الفهم .

فرع : فإن أخر رب الدين الغريم بعد الأجل ففي «البيان» : تحصيل المسألة أن المطلوب إذا أخره الطالب فلا يخلو إما أن يكون مليئاً أو معدماً ، فـإن كان معدماً فلا كلام للحميل باتفاق ، وإن كان مليئاً فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

الأول : أن يعلم فينكر .

والثاني : أن يعلم فيسكت .

والثالث : أن يعلم حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه .

فالأول لا يلزمه تأخـير الطلب ، ويقال له : إما أن تسقط الكفـالة وإلا فاحلف أنك ما أخرته إلا على أن يبقى الكفيل على كفالته ، فـإن حلف لم يلزمه التأخير ، والكفالة ثابتة على كل حال ، هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» ، وإن كـان سكت فيها عن اليمين ، وقال غيره في «المدونة»[٢] :الكفالة ساقطة على كل حال ، وقيل : إنها لازمة بكل حال .

خليل : انظر هذا فإن الظاهر أنه كالقول الأول ، وأما إن علم بذلك فسكت حتى يحل الأجل فالكفـالة لازمة قاله في «المدونة» ، ويدخله الخـلاف المعلوم في السكوت ، هل هو كالإقـرار أم لا ؟ وأما إن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل فـيحلف صاحب الحق مـا أخره ليبرأ الحميل من حمالته وتلزمـه الحمالة ، فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة ، وهذا كله

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٥٤).

(٢) « المدونة » (١١/ ٣٦٦).

في التأخير الكثير ، وأما اليسير فلا حجة للكفيل فيه ، انتهى .

قال في «المدونة» [(١)]: وإذا أخر الطالب الحميل بعد محل الحق فذلك تأخير للغريم ، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً للغريم ، فيكون له طلبه ؛ لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال : وضعت الحمالة دون الحق ، وإن نكل لزمه تأخيره .

تنبيه : وقع في بعض النسخ بإثر هذه المسألة ما نصه :

ولا يلزم تسليم المال للحميل ليؤديه ؛ إذ لو هلك لكان من الأصل .

ونحوه في «الجواهر»[(٢)] و «المدونة» في السلم الثاني ، إلا أن في قول المصنف : (إذ لو هلك لكان من الأصل) إطلاقاً يبينه ما في «المدونة» ، وإذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضاع فإن كان على الاقتضاء ضمنه الكفيل قامت بهلاكه بينة أم لا ، عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً؛ لأنه متعدٍّ ، وإن كان على الرسالة لم يضمنه ، وهو من الغريم حتى يصل إلى الطالب .

ويحتمل أن يريد المصنف بقوله : (لكانَ من الأصل) أن لصاحب الدين أن يطلبه من الغريم ، ويرجع به الغريم على الكفيل إن أخذه على الاقتضاء .

وَيَرْجِعُ إِذَا أَدَّى بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ ، ولا يُفِيدُ إِقْرَارُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

أي : ويرجع الضامن إذا أدَّى عن الغريمِ بشَرْطِ أن تشهد بينة بمعاينة الدفع للطالب ، أو يقر الطالب بالقبض ، وهو مراده بقوله : (**بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ**) وهو الطالب ؛ لأنَّ الحقَّ سقط بهذين الوجهين ، وأما إقرار المضمون عنه أنه دفع للطالب فذكر المصنف أنه لا يقبل؛ لأن الحق لا يسقط عن الغريم ومن حجته أن يقول للضامن : أنت فرطت بتركك الإشهاد، ولا أعلم في ذلك خلافاً إذا أدَّى الضامن للمضمون له بغير حضرة الغريم ، وأما بحضرته فلابن القاسم في سماع عيسى أنه لا يرجع لتقصيره في ترك الإشهاد ، وله في سماع أبي زيد أنه يرجع ؛ لأن التقصير كان من الغريم ؛ لأن الحميل أدَّاها عنه بحضرته.

ابن رشد : والأول أظهر ؛ لأنَّ المال للضامن فهو أحق بالإشهاد على دفعه .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٧٠).

(٢) « الجواهر » (٣/ ٦٥٤).

فرع :

ويرجع بمثل ما أدى إذا كان مثليا ، واختلف إذا تكفل بعرض وأداه فالمشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب : يرجع بمثله لأنه سلف ؛ وفي سماع أبي زيد أن المطلوب مخير إن شاء دفع مثله ، وإن شاء دفع قيمته ، وفي «الواضحة» أنه لا يغرم إلا مثله ، قال في «البيان»[1]: ولا خلاف أنه اشترى العرض أنه يرجع بمثله الذي اشتراه به ما لم يحابِ فلا يرجع بالزيادة .

وَإِذَا صَالَحَ الضَّامِنُ رَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْقِيمَةِ .

لما ذكر حكم الضامن إذا أدى مثل الدين وأنه يرجع به ذكر إذا أدى غيره .

وقوله : (**صَالَحَ**) يريد بمقوم ، بدليل قوله : (**رَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْقِيمَةِ**) .

ويُفْهم من كلامه جواز المصالحة ابتداءً ، وفي ذلك ثلاثة أقوال : الجواز مطلقاً ؛ لأنه مكارمة ، ولأنه دخل على أن الغريم بالخيَارِ إنْ شاء دفع ما عليه ، وإن شاء دفع قيمة ما أعطى أو مثله إن كان مثليا .

والمنع مطلقاً ؛ لأنه أخرج من يده شيئاً لا يدري أيأخذ قيمته أو ذلك الدين ، فهو بيع بثمن مجهول .

والتفرقة ، فإن صالح عنه بمثلي امتنع ، وبمقوم جاز ، واختلف قوله في «المدونة»[2] : (إذا صالح بمثلي مخالف لجنس الدين) فمنعه في السلم الثاني ، وأجازه في الكفالة .

ابن عبد السلام : وهو أقرب ؛ لأن الباب معروف ، وحكى ابن رشد رابعاً بالجواز فيما تجوز فيه النسيئة في المبايعة ، والمنع فيما لا تجوز فيه ، كأن يؤدي دنانير عدة عن دراهم أو تمراً عن قمح .

الباجي[3] : وإلى منع المصالحة بالدنانير عن الدراهم وبالعكس رجع ابن القاسم وأشهب وأصحابهما .

محمد : لأنه يدخله الصرف بخيار ، قال : وعلى القول بمنع المصالحة يرجع على

---

(١) « البيان والتحصيل » (٢/ ٣٨١).

(٢) « المدونة » (١١/ ٣٦٦).

(٣) « المنتقى » (٧/ ٤٨٧).

الطالب بما دفع إليـه ، وعلى الجواز فـقيل : يرجع الكفـيل على المطلوب المتحـمل عنه بما تحمل عنه به ، وقيل : يـخير المتحمل عنه ، فـإن شاء أغرمه ما غـرم عنه ، وإن شاء غرم الذي كان عليه والقولان قائمان من «المدونة» .

فإن قيل : فما وجه القول بالفرق بين المقوم والمثلي ؟ **قيل** : لأن المقوم لما كان يرجع فيه إلى القيمة ، وهي من جنس الدين ، والحميل يعرف قيـمة سلعته فقد دخل على القيمة إن كانت أقل من الدين ، وإن كانت أكـثر فقد دخلا على أخـذ الدين وهبة الزيادة ، بخلاف المثلي ؛ لأنه من غير جنس الدين فلا يعرف فيه الأقل والأكثر ؛ لأن الأقل والأكثر لابد أن يشتركا في الجنس والصفة ، فكانت الجهالة في المثلي أقوى ، قال جماعة : ولا خلاف في الجواز إذا دفع من الصنف الذي على المديان ، ولكن أدنى مـنه أو أجود ؛ إذ لا يشك أحد أن الدافع لا يختار إلا الأخف .

وعورضت بقوله في «المدونة»[1] فيمن أمر رجلاً يشتري له سلعة بالعين ولم يدفع إليه شيـئاً، فاشـتراها بغيـر العين : أن الآمر مخـير في ترك ما اشـتراه ، ولا إشكال أن يدفع للمأمور ما ودى عنه ، وكان ينبغي إن رضي بالشراء أن يدفع له الأقل مما أمر به أو قيمة ما اشترى به بجـامع أن كل واحد من الوكيل والكفيل فـعل غير ما أمر به لقـصد المعروف ، وتردد بعضهم في صحة هذه المعارضة ، وفي الفرق بأن المأمور مأذون له في السلف ؛ لأن الفرض أن الآمر لم يعطه شيئاً ، فإذا أمضى الآمـر فعله فإنما أمضاه على الوجه الذي فعله وهو السلف ، وأما الكفـيل فلم يؤذن له في شيء بوجه ، وإنما قـصد هو من جهة نفـسه التطوع ، فلا يكون على الغريم إلا الأقل .

واعلم أن الضامن يتنزل منزلة الغريم ؛ فما جاز للغريم أن يدفـعه عوضاً عما عليه جاز للضامن ، ومـا ليس فليس ، فلو ضمنه في عـروض عليه من سلم لم يجـز له أن يصالح عنها قـبل الأجل بأدنى صفة أو قدراً ؛ لئـلا يدخله : (ضع وتعجل) ، ولا بأكثـر ؛ لئلا يدخله : (حط الضمـان عني وأزيدك) ، وأجازوا أن يصـالح بعد الأجل بدنانير طيـبة عن دنانير أدنى منهـا ؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يعطي إلا الدنيـة ، وكذلك العكس ؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يدفع إلا الذي عليه .

المـــازري : لكن لم يطرد هذا في «المدونة» في الطعام من السلم ، فـإنه منع الكفيل أن

---

(١) « المدونة » (٩/ ٥١).

يصالح من له الدين إذا حل الأجل بطعام أجـود مما تحمل به أو طعام أدنى منه ، وإن فعل ذلك قضى عن الغريم لا ليشتريه لنفسه .

وعلل ذلك بأنه بيع الطعام قـبل قبضه لأجل ما يكون لمن عليـه الدين من الخيار في أن يدفع مثل ما دفعه الكفيل أو الدين الذي عليه ، والمسـألة تحتمل من التفريع أكثر من هذا ، لكن تركنا ذلك لمحاذاة كلام المصنف .

وَضَابِطُ تراجُعِ الْحُمَلاءِ أَنَّ مَنْ غرمَ أَخَذَ مَنْ يَلْقَاهُ بما أَدَّى عَنْهُ مِنْ حِصَّتِه مِنَ الدَّيْنِ ثُمَّ بِنِصْفِ مَا أَدَّاهُ عَنْ غَيْرِه بِسَبَبِ الْحَمَالَةِ لأَنَّهُ شَرِيكٌ ، وَيَتَرَاجَعُونَ ....

لما كان الحمـيل قد يتحد وقد يتـعدد وكان الحكم في الواحد يؤخـذ بما تقدم ، أخذ في بيان المتـعدد وذكر له ضابطاً مـثاله : لو اشتـرى ثلاثة سلعة بثلاثمـائة ، وتحمل كل منهم بصاحبه فإذا لقي البائع أحدهم أخذ منه الجـميع مائة بطريق الأصالة ، وبمائتين عن صاحبيه بطريق الحمـالة ، ثم إن لقي هذا الدافع أحدهمـا أخذ منه مائة ؛ لأنه أداها عنه وخـمسين نصف الثلث البـاقي من الحق ؛ لأنه كان أداها عن الغـريم الثالث ، وهمـا معـاً حمـيلان فيتساويان فيها ، فمن لقيه منهما أخذ منه الخمسين لأنه شريكه ؛ أي من الحمالة .

وَيظْهَرُ بِمَسْأَلَةِ «الْمُدَوَّنَة» إِذَا اشْتَرَى سِتَّةُ نَفَر سِلْعَةً بِسِتِّمائَة دِرْهَم بِالْحَمَالَةِ فَلَقِيَ الْبَائِعُ أَحَدَهُمْ فَأَخَذَ مِنْهُ الْجَمِيعَ، فَإِن لَقِيَ الْغَارِمُ أَحَدَهُمْ أَخَذَهُ بِمِائَة عَنْ حِصَّتِه مِنَ الدَّيْنِ وبِمائَتَيْنِ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَمَالَةِ، فَإِنْ لَقِيَ أَحَدُهُمَا ثَالِثاً أَخَـذَهُ بِخَمْسِين وبِخَمْسَة وسَبْعِينَ فَإِنْ لَقِيَ الثَّالِثُ رابِعـاً أَخَذَهُ بِخَمْـسَة وعِشْـرِينَ وخَمْسَـة وعِشْرِين ثُمَّ إِنْ لَقِيَ الرَّابِعُ الخَـامِسَ ، أَخَذَهُ بِاثْنَيْ عَشَـرَ وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ ورُبُعٍ إِلَى أَنْ يَلْقَى الْخَـامِسُ السَّادِسَ فَيَـأْخُذُ مِنْهُ سِتَّـةً ورُبُعاً لأَنَّهُ أَدَّاهَا عَنْهُ وحْدَهُ....

(بِالْحَـمَـالَةِ) أي على أن بعضـهم حمـيل عن بعض بجميع المال ، فـإذا لقي الطالب أحدهم أخذه بستمائة عليه منها مائة ، والخمـسمائة الباقية بطريق الحمالة ، فإذا لقي الغريم أحد الخمسـة لم يكن له طلب بالمائة التي دفعها عن نفسـه ، وهكذا كل من دفع عن نفسه شيئاً لا رجوع له به ، تبقى له خمسمـائة ، منها مائة على هذا الثاني ، فيأخذها منه تبقى أربعمائة ، فـيقول له : ادفع لي نصفهـا مائتين لأنك شريكي في الحمـالة ، فإذا لقي أحد هذين ثالثاً أخذه بخمسين وخمسة وسـبعين ؛ لأنه دفع ثلاثمائة مائة عن نفسه لا رجوع له

بها ، ومائتين عن هذا الثالث ، وعن الثلاثة الباقين ينوبه منها خمسون فإذا قبضها منه قال: بقيت لي مائة وخمسون عن الثلاثة الباقين وأنت شريكي فيها ، فإن لقي الذي دفع خمسين وخمسة وسبعين رابعاً فالخمسون لا رجوع له بها لأنها عنه ، وقد أدى عن الرابع وعن صاحبه خمسة وسبعين منابه منها خمسة وعشرون ، فإذا قبضها قال : بقي لي خمسون أنت شريكي فيها .

وقوله : **(بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ ورُبُعٍ)** ؛ أي فإن لقي هذا الرابع الذي دفع خمسة وعشرين وخمسة وعشرين خامساً ، فالخمسة والعشرون التي دفعها عن نفسه لا رجوع له بها ، وقد دفع عن الخامس وعن صاحبه خمسة وعشرين تنوبه منها اثنا عشر ونصف ، فإذا قبضها قال : بقيت لي اثنا عشر ونصف وأنت شريكي فيها ، فإن لقي الخامس السادس الذي دفع اثني عشر ونصفاً عن نفسه وستة وربعاً بالحمالة سادساً لم يأخذ الخامس من السادس إلا ستة وربعاً ؛ لأنها هي التي أداها عنه وحده .

تنبيهات :

الأول : ما ذكرناه من صورة العمل هو الذي حسب الفقهاء كلهم المسألة عليه ، وذهب أبو القاسم الطبري الفارض إلى أن العمل على هذا غلط في الحساب ، وأن صورة التراجع مثلاً من الثاني على الثالث يجب أن يكون على غير هذا العمل ، بل إذا التقى الثالث مع أحد الأولين يطلبه بالاعتدال معه في الغرم عن الثالث ، فيقول : كنا اجتمعنا باجتماع بعضنا ببعض ، ولو اجتمعنا لكان المال علينا أثلاثاً مائتان على كل واحد ، فعلي مائتان غرمتها أنت وصاحبك عني فخذ واحدة أنت ، فهي التي تقع لك وادفع إلى صاحبك المائة التي دفعها عني إذا لقيته فيستوفي في كل واحد مائتين كما لو اجتمعا في دفعة ، وهكذا إذا لقي الثالث الرابع وهكذا بقيتها .

التنبيه الثاني : قول المصنف : **(فلو لقي... أحدهم فأخذ منه)** هل له أن يأخذ الجميع من أحدهم ، وإن كانوا حاضرين أو يشترط تعذر الوفاء من بقيتهم ؟ فيه تفصيل : إن قال لهم صاحب الدين : أيكم شئت أخذته بحقي فله أخذ أحدهم بالجميع ، كان الباقي حضوراً أملياء أم لا ، وإن لم يقل : أيكم شئت أخذته بحقي لم يكن له أن يأخذ بعضهم ببعض إلا في العدم ؛ لأن الحميل لا يؤخذ بالحق في ملاء الغريم وحضوره على الرواية المشهورة.

ابـن يونـس [(١)] : وليس للغريم فيها إذا اشتـرط أنه يأخذ بحقه من شاء منهم أن يرجع على كل واحـد من أصـحابـه إلا بما عليـه من أصل الدين ؛ لأنه لم يؤدِّ مع هذا الشـرط بالحمـالة ، بل صارَ كل واحد غـريماً لصاحبِ الدين ، وسواء كـانت حمالة بعـضهم عن بعض وهم شركاء في سلعة أو حمالة عن غيره .

التنبيه الثالث :

اعلم أن هذه المسألة على وجهين :

أحدهما : أن يكون الحملاء غرماء بأن يشتروا سلعة وهي التي ذكرها المصنف .

والثــاني : أن يكونوا حملاء ليسوا بغرمـاء ؛ أي يتحملوا بدين هو على غيرهم ، ولم يتعرض المصنف لهذا الوجه .

ولا خلاف في مسألة المشترين أن من دفع يطالب صـاحبه الذي يلقـاه بما يقع عليه من المال ، ولا يأخذ منه المائة التي تلزمه في خـاصَّته ، ويقتسمـان ما بقي ، وأما إن كان الحقُّ على غيـرهم فاختـلف إذا أخذ الحق من بعضـهم ثم لقي الآخر هل يقـاسمـه بالسواء في الغرم، وإليه ذهب ابن لبابة والتونسي وغيرهما .

قالوا : لأنهم سواء في الحمالة وليس يخص أحدهم ما لا يخص غيره ، أو إنما يقاسمه بعد إسقاط ما يخصه كالأول ، وإليه ذهب كثير من الأندلسيين ، ونحوه في «المدونة» وفي سماع أبي زيد في «المسـتخرجة» ؟ وجعلوا ما ينوب كل واحد من المال وهـي مائة بالحمالة كما لو كان عليه دين ، ونص المسألة على الوجه الثاني من «المدونة» .

مــالك : وإذا تكفل ثلاثة رجال بمال على رجل حمالة مبـهمة فأعدم الغريم ، لم يكن للطالب على مـن لقي من الحمـلاء إلا ثلث الحق ، إلا أن يشـتـرط في أصل الكفـالة أن بعضـهم حميل عن بعض ، فـحينئـذٍ إن غاب أحدهم أو عـدم أخذ من وجد منهم مليـئاً بجميع الحق ، وإن لقيهم أمليـاء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق ؛ إذ لا يتبع الكفيل في حضور الغريم وملائه .

ولو شرط : أيكم شـئت أخذته بحـقي ، ولم يقل : بعضكم كفـيل ببعض ، فليـأخذ أحدهم بجميع الحق وإن كانوا حضوراً أملياء ، ولا رجوع للغارم على أصحابه ؛ إذ لم يؤدِّ بالحمالة عنهم ، ولكن عن الغريم ، ولو قال : بعضكم كفيل ببعض وقال مع ذلك : أيكم

---

(١) الجامع لابن يونس (٦/ ٣٠) .

شئت أخذته بحقي ، أو لم يقل ، فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على أصحابه إذا لقيهم بالثلثين ، وإن لقي أحدهم رجع عليه بالنصف .

وذكر ابن حـبيب عن جميع أصـحاب مالك مثل مـا في «المدونة» ؛ أعني أنه لا رجوع للغريم على أصحابه فيما إذا قال : أيكم شئت أخذته بحقي .

اللخـمي : وقال محمد : له أن يرجع على أصحابه إذا كانوا أربعة على كل واحد بربع الحق ، والقول الأول أبين ومـجمل قوله : أنه إنما يأخـذ من شاء منهم على الغـريم حتى يتبين أنه إنما يأخذه بذلك عن أصحابه .

ابن حـبيب : وقال ابن الماجشون في من باع شيئاً من رجلين وشرط أن يأخذ أيهما شاء بجميع الثـمن ، أو تحمل له رجلان بدين وشرط عليهمـا ذلك ، فشرطه باطل ، وليس له اتباع أحدهمـا بأكثر من نصيبه إلا في عـدم صاحبه أو غيبـته كالحمالة المبهـمة ، وقاله ابن كنانة وأشهب ، وقـول ابن القاسم بلزوم الشرط أظهر ؛ لأن الناس عند شـروطهم ، وقد اختلف قول مالك في الحميل المبهم فكيف بالشرط ؟ وقاله أصبغ وابن حبيب .

فرع :

ويتنزل منزلة حمـالة بعضهم عن بعض مـا رواه ابن وهب عن مالك في «المدونة»[1] : إذا كتب الرجل حقه على رجلين وشـرط أن حيَّكما عن ميتكما ومليئكمـا عن معدمكما ، فكذلك حمالة أحدهما عن الآخر .

التنبيـه الرابع : المازري : أفردت جماعة من الأشياخ لمسـألة الستة حملاء تأليفاً ، ولم يذكر المصنف إلا ابتـداء العمل ؛ فرأينا أن نكمله حتى يؤدي كل واحـد مائة ، فإني رأيت نفوس الطلبة عند إلقائها تطلب تمام عمـلها ، وربما صعب ذلك عليهم وهأنا أذكره على ما قاله المازري ، فأقول :

إذا غرم الأول ستمائة ، ثم لقي أحدهم فأخذ منه ثلاثمائة كما تقدم ، ثم إن لقي الأول ثانيـاً قال له : غـرمت ثلاثمائـة عن نفسي مـائة أصالة ومـائتين بالحـمالة عن أربعـة أنت أحدهم، يلزمك في خـاصتك خمسون ويبـقى مائة وخمسـون ، وعليك نصف ما بقي ، وهو خمسة وسبعون ، فجميع ما يأخذ منه مائة وخمسة عشرون ، فصار جميع ما أخذ من

---

(١) « المدونة » (٩/ ٩٢).

صاحبه مائة وخمسة وعشرين ، ويبقى مما أدى بالحمالة خمسة وسبعون ، ثم إن لقي ثالثاً قال له : أديت بالحمالة خمسة وسبعين عن ثلاثة أنت أحدهم فادفع إليَّ ثلثها خمسة وعشرين ونصف ما بقي مما أديت بالحمالة ، فإنك به معي حميل ، فجميع ما يأخذه منه خمسون وتبقى له خمسة وعشرون ، ثم إذا لقي رابعاً قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وعشرون هي عليك وعلى صاحبك السادس فأعطني نصفها اثني عشر ونصفاً ونصف ما بقي ، وذلك ستة وربع ، فجميع ما يأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، وبقي له مما غرم ستة وربع ، ثم إذا لقي السادس أخذها منه ، فهذا كمال عمل الأول ، ثم تعود إلى الذي يليه وهو الثاني الذي لقيه أولاً وغرم ثلاثمائة ، فإذا لقي الذي يليه وهو الثالث الذي كان غرم للأول أيضاً مائة وخمسة وعشرين ، فيقول له : أنا قد أديت بالحمالة من هذه الثلاثمائة التي غرمت مائتين عن أربعة نصيبك منها خمسون ، فيأخذها منه فتبقى مائة وخمسون أنت معي بها حميل ، فيقول هذا الثالث : قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول خمسة وسبعين سأؤتيك في مثلها ، وتبقى لك خمسة وسبعون فخذ نصفها سبعة وثلاثون ونصف ، فجميع ما يأخذ منه سبعة وثمانون ونصف ، فجميع ما أدى هذا الثالث للأول والثاني مائتان واثنا عشر ونصف ، وبقي للثاني مائة واثنا عشر ونصف مما أدى بالحمالة ؛ لأنه أدى ثلاثمائة منها عن نفسه ومائتان بالحمالة ، رجع إليه مما أدى بالحمالة سبعة وثمانون ونصف المائتين ، فالباقي له مما أدى بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف ، ثم إذا لقي الرابع الذي كان غرم للأول خمسين ، قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم يلزمك ثلثها في خاصتك ، وهي سبعة وثلاثون ونصف فيأخذها منه ، ويقول له : بقيت لي خمسة وسبعون أنت معي بها حميل ، فأعطني نصفها ، فيقول له هذا الرابع : قد وديت أنا بالحمالة للأول خمسة وعشرين ، سأؤتيك في مثلها وبقيت لك خمسون فخذ نصفها ، فجميع ما أخذ منه اثنان وستون ونصف ، فجميع ما أدى الرابع للأول والثاني مائة واثنا عشر ونصف ، فيبقى للثاني مما أدى بالحمالة خمسون ، ثم إن لقي الخامس قال له : بقي لي مما أديت بالحمالة أيها الخامس عنك وعن السادس خمسون عليك نصفها خمسة وعشرون فيأخذها منه ويقول له : بقيت لي عليك خمسة وعشرون بالحمالة أنت معي بها حميل ، فيقول الخامس : قد أديت أنا أيضاً ستة وربعاً سأؤتيك في مثلها ، وبقيت لك ثمانية عشر وثلاثة أرباع عليَّ نصفها ، وذلك تسعة وثلاثة

أثمــان ، فجــميع مــا أدى له الخامس أربعــة وثلاثون وثلاثة أثمــان ، وجملة مــا أدى هذا الخامس للأول ثمانية عشر وثلاثة أرباع وللثــاني أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان ، فجميع ذلك ثلاثة وخمــسون وثمن ، وبقي هذا الثاني يطلب خــمسة عشــر وخمسة أثمــان ، فإذا لقي السادس أخذها منه ، ثم إن الثــالث الذي غرم للأول والثاني مائتين واثني عشــر ونصفاً إذا لقي الرابع قــال له : بقي لي مما أديت بالحــمالــة مائة واثنا عــشــر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم فأعــطني ثلثها ، وهو سبــعة وثلاثون ونصف فيأخــذها منه ويقول له : بقي لي مما أديت بالحمالة خمســة وسبعون أنت معي بها حميل ، فــيقول له هذا الرابع : قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول خمــسة وعشرين وللثاني خمسة وعشــرين وذلك خمسون سأؤتيك في مثلها ، وبقيت لك خمسة وعشرون فخذ نصفهــا اثني عشر ونصفاً ، فيصير جميع ما أخذ منه خــمسين ، وجــمــيع ما أدى هذا الرابع لــلأول والثاني والثــالث مــائة واثنان وستــون ونصف، ثم إن لقي الخــامس قال له : بقــيت لي مما أديت بالحمــالة اثنان وستــون ونصف عنك وعن السادس عليك منها نصفهــا أحد وثلاثون وربع ، فيأخذها منه ، ثم يقول له : بقي لي أحد وثلاثون وربع أنت مــعي بها حمــيل ، فيقول له هذا الخــامس : قد أديت أنا أيضاً بالحــمالة للأول ستة وربعــاً ، وللثاني تسعة وربعــاً وثمناً وذلك خمسة عــشر ونصف وثمن سأؤتيك في مثلها ، وبقــيت لك خمسة عشر ونصف وثمن أيضاً علي نصفــها سبعة وثلاثة أرباع ونصف وثمن فيدفعها إليه فيصير جميع ما أخذ منه تسعة وثلاثين ونصف ثمن تبقى سبعة وخمسون وثمن فخذ نصفهــا ستة وعشرين ونصفاً ونصف ثمن ، ويصير جميع ما أدى هذا الخامس للأول والثاني والثالث اثنين وتسعين وثمني نصف ثمن ، ثم إن الثالث لقي الســادس فيقــول له : بقي مما أديت عنك بالحمــالة ثلاثة وعشــرون وربع وثمن نصف ثمن، فيــأخذها منه ، فيذهب هذا الــثالث وقد غرم مــائة ، ثم إن الرابع الذي غرم للأول والثانــي والثالث مائتــين واثنين وستين ونصــفاً لقي الخامس فــيقــول له : بقي لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن الســادس ، عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربع فيأخذها منه ثم يقول له : بقيت لي أحد وثلاثون وربع وأنت مــعي بها حميل ، فيقول له هذا الخامس : قــد وديت أنا أيضاً بالحــمالة للأول والثــاني والثالث ثلاثة وعــشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن سأؤتيك فيــها وبقيت ستة وسبعة أثمــان ونصف ثمن عليَّ نصفها ثلاثة وسبعة أثــمان وربع ثمن ، فيأخذها منه ويصيــر جميع ما يأخذ الرابع من الخامــس خمسة

وثلاثين وثمناً وربع ثمن ، وجميع ما ودى الخامس للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرون وربع وثلاثة أرباع ثمن ، وبقي الرابع يطلب سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن ، ثم إنه لقي السادس فيأخذها منه فيذهب وقد أخذ مائة ، ثم الخامس لقي السادس وقد كان أدى للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن عليه منها مائة بقي يطلب سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن ، فيأخذها من السادس فيذهب وقد غرم مائة، فيذهب السادس وقد غرم مائة ؛ للأول ستة وربعاً ، وللثاني خمسة عشر وخمسة أثمان ، وللثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وللرابع سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن وللخامس مثلها جميع ذلك مائة ، والله أعلم .

الْمَضْمُونُ شَرْطُهُ أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ كَضَمَانِ الْوَجْهِ .

الرُّكن الرَّابع (**الْمَضْمُونُ**) أي الحق الذي يضمن (**شَرْطُهُ أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ**) ليتحرز من الجراح والقتل والحقوق البدنية ، فإنها لا يمكن استيفاؤها من الضامن ، ومن ضمان المعينات كما سيأتي .

وقوله : (**أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ**) يحتمل أن تكون (مَا) موصولة أو نكرة موصوفة ، فالذي يتضمن الاستيفاء ضمان الوجه لاستلزامه المال ، فإن قلت : بقي عليه ضمان الطلب فإنه يصح ولا يمكن استيفاؤه ، قيل : لا نسلم أنه لا يمكن استيفاؤه ؛ لأن الحق هنا هو الطلب ، وهو يمكن استيفاؤه من الضامن ، ووقع لأصبغ في «الواضحة» في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل وأخذ المال فيؤخذ فيعطي الحملاء بما عليه من القتل وأخذ مال أنهم يؤخذون بما يؤخذ به إلا أنهم لا يقتلون .

فضل بن سلمة : انظر هل أراد أنهم يؤخذون بالمال خاصة أو به وبالدية في القتل.

عياض : وهو على هذا التأويل موافق لعثمان البتي في قوله : يلزم الحميل في القتل والجراح إذا لم يأت به دية القتل وأرش الجراح ، وفي «مفيد الحكام» : لأصبغ : لا بأس بالضمان في الجراح التي تؤول إلى المال .

المازري : ولو كانت الحدود التي هي حق الله تعالى إنما تثبت بالإقرار لكان التكفل بالطلب للمقر جائزاً على القول عندنا أن للمقر الرجوع عن إقراره وإن لم يظهر له

عذر على القول بأن هروبه كالرجوع عن الإقرار .

واختلفت الروايات في حديث الغامدية هل كفل بها رسول الله ﷺ لما أقرت بالزنا وهي حامل حتى تضع أم لا ؟

ابن عـبد السـلام : وقوله : (إن هروب الجاني دليل على رجـوعه عن إقراره) ليس بالبين ؛ لاحتمال أن يكون هروبه من ألم الحد مع تماديه على صحة الإقرار .

فَلا يَصِحُّ ضَمَانُ مَبِيعٍ مُعَيَّنٍ مُطْلَقاً بِإِحْضَارِ مِثْلِه إِنْ هَلَكَ .

أتى بالفاء ؛ لأنه مسبب عما قبله .

وقـوله : (**مُطْلَقـاً**) أي سواء كان مقوماً أو مثليا وهو مـقيد بغير النقدين ، فيصح ضمانهما ولو عينت على مـذهب «المدونة» ؛ لأنه إنما تجوز المعاوضة عليها عنده على شرط الخلف اللهم إلا بالنسبة إلى الصَّرف فهما كالعروض .

وقوله : (**إِنْ هَلَكَ**) أي قبل أن يقبضه المشتري ، وفي معنى الهلاك الاستحقاق .

ولو اشترى سلعةً من رجل على أنها إن استحـقت فعلى البائع خلاصها ، وضمن البائع في ذلك غـيره ، ففي المدونة قال ابن القـاسم : إن استحقت انفـسخ البيع ولا تلزم الحمالة وقال غـيره : تلزمه وهو أدخل المشتري في غرم مـاله ، فعليه الأقل من قيمه السلعة يوم تستحق ، والثمن الذي أدى إلا أن يكون الغريم مليئاً حاضراً فيبرأ ، وروي هذا أيضاً عن ابن القاسم ودخل تحت قوله : (**معـيناً**) خدمة معين ، فقال ابن القاسم في من استأجرته شهراً : لم يجز أن تأخذ منه حميلاً .

وأَنْ يكُونَ دَيْناً مُسْتَقِرا أَوْ آيِلاً إِلَيْه .

يعني : معلوماً أو مجهولاً (**وأَنْ يكُونَ**) معطوف على قوله : (**أَنْ يُمكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ**) أي وشـرطه أن يكون ديناً مـستـقـراً أو آيلاً إلى الدين المستـقـر ، ولا أعلم في هذه الشروط في المذهب خلافاً إلا ما سيأتي في الكتاب .

فَيَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ ، وَقَبلَ وُجُوبِه .

هذا كالنتيـجة عما قـبله ولهذا عطفه بالفاء ، ولا فرق فـي المجهول بين أن يكون حاصلاً أو سيحصل ، ويصح ضمان المجـهول لأن غاية ذلك أن يكون كهبته ، وهي

جائزة عندنا .

قال في «المدونة»[(١)] : ومن قال لرجل : ما كان لك قبل فلان الذي تخاصم فأنا به حميل ؛ فاستحق قبله مالاً ، كان هذا الكفيل ضامناً ، ولا إشكال إن ثبت الدين ببينة وإن أقر له بعد الضمان ، فقولان ، واستقرأهما عياض وغيره من «المدونة» .

ابن المواز : وأما ما أقر به قبل الحمالة فليزمه غرمه ، وقيد ابن يونس القول بأنه لا يلزمه بالإقرار بما إذا كان الغريم معسراً ، وأما الموسر فلا تهمة فيه ؛ لأنه إن بدأ الكفيل بالغرم على أحد قولي مالك رجع الكفيل على الغريم .

ومما يدخل تحت كلام المصنف قوله في «المدونة» : ومن قال لرجل بايع فلاناً أو داينه فما بايعته به من شيء أو داينته فأنا ضامن له ، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه ، قال غيره : وإنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يداين به المحمول عنه .

ابن يونس وصاحب «البيان» : وهو تفسير .

المازري : وهو الأظهر .

ابن عبد السلام : وللشيوخ كلام في قول الغير : هل هو تقييد أو خلاف قال في «المدونة» [(٢)]: ولو لم يداينه حتى أتاه الحميل فقال : لا تفعل فقد بدا لي في الحمالة، فذلك له بخلاف قوله : احلف وأنا ضامن ، ثم رجع قبل اليمين لا ينفعه رجوعه ؛ لأنه حق ، وأجاب ابن يونس : لأن من حجة المدعي أن يقول : أنا ادعيت أن لي عليك كذا ، وقد أحل هذا نفسه محل المدعى عليه ، فكما لو قال المدعى عليه : احلف لي وأنا أغرم ، لا يكون له رجوع ، فكذلك هذا ، والذي قال : عامله وأنا ضامن ، كقول المعامل نفسه : عاملني وأنا أعطيك حميلاً ، فكما لهذا أن يرجع فلهذا أن يرجع .

وذكر المازري عن بعض أشياخه أنه إنما يرجع إذا أطلق ، وأما إن قيد فقال : عامله بمائة دينار فلا رجوع له ، وأنكر غيره هذه التفرقة ، ورأى أن له الرجوع مطلقاً قبل المعاملة .

قال : وبعض أشياخي يجري هذا على الخلاف في الهبة هل تلزم بالقول أم لا ؟

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٥٩) .

(٢) « المدونة » (١٣/ ٢٥٩).

انتهى ،وقد يخرج في مسألة الضمان خلاف من الخلاف في لزوم العدة ، وقد حكى في «البيان» في كتاب «العارية» أربعة أقوال :

أحـــدها : أنها تلزم ويقضى بها ، وإن لم تــكن على سبب ، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بها .

والثاني : يقضى بها إن كانت على سبب ، وإن لم يدخل في السبب ، ولا يقضى بها إن لم تكن على سـبب ، وهو قول أصبغ في كـتاب «العدة» ، وقـول مالك في كتاب «العارية» من «العتبية» .

الثـالث : لا يقضى بها وإن كانت على سـبب حتى يدخل في ذلك السبب ، وهو قول سحنون في كتاب العدة من «العتبية» .

الرابع : أنها لا تلزم وإن كانت على سبب دخل فيه ، وهو الذي يأتي على ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في «الموازية» و «العتـبية» ، وإن مات وعليه دين لا يدرى كم هو ، فتحمَّل بعض ورثته بجميعه نقداً أو إلى أجل على أن يخلَّى بينه وبين ماله، فإن كـان على أنه إن فضـل شيء فبينـه وبين بقيـة الورثة جاز ؛ لأن ذلك مـعروف وطلب خير للمـيت ولورثته ، وإن كان الفضل له والنقص عليـه لم يجز ؛ لأنه غرر إلا أن يكون الوارث واحداً .

ولو طرأ غريم لم يعلم به فعلى الآخر الـغرم ، ولا يلزمه قوله : لم أعلم به وإنما تحمَّلت بما علمت .

ابن دحون : وإنما جازت للمسامحة وأصلها المنع لما فيها من الجهالة .

مالك : وإن مات وعليه ثلاثة آلاف ولم يترك إلا ألفاً وله ولد واحد لا يرثه غيره ، فسـأل غرمـاء أبيه أن يدعـوا الألف بيده وينظروه سنتين ويضـمن لهم بقيـة دينهم ، فرضوا بذلك جاز .

ابن القاسم : وبلغني عن ابن هرمز مثله .

وَلا يَصِحُّ بِالْكِتَابَةِ وَلا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ .

لأن هذا ليس بدين لازم ، ولهـذا لو عطفـه بالفـاء لكان أولى ؛ لأن المكاتب لو عجز عنه رجع رقـيقاً والحميـل يحل محل المتحمل عنه ، فإذا كـان الدين ليس ثابتاً

على الأصل فأحرى فرعه ، وهو الحميل ، وهذا هو المعروف ، وقال محمد بن عبد الحكم : لا بأس بالحمالة بالكتابة كما لو تحمل رجل عن عبد غير مأذون له بالتجارة بمال أو عن رجل في ولاية بشيء اشتراه أحدهما أن ذلك يلزمه ، وإن ذهب ماله باطلاً فهو الذي رضي بهذا .

ابن يونس : ولا أعلم أن لي في هذا القول رواية ، وذكر المازري أن بعض الأشياخ خرَّج قولاً بجواز الحمالة بالكتابة من قول أشهب في من قال لرجل : كاتب عبدك وعلي مائة دينار ؛ لأن الحمالة بالكتابة عند هذا المخرج إنما منعت ؛ لأن المقصود من الحميل حصول العتق للمكاتب ، فإذا عجز لم يحصل العتق ووجب بطلان الحمالة .

وهذا المعنى حاصل في مسألة أشهب ، فإذا لم يكن معتبراً عنده فيها وجب ألا يعتبر في الكتابة ، وردَّهُ المازري بأن من كاتب عبده على أن أعطاه حميلاً بالكتابة فقد أعطاه حميلاً بدين قد لا يثبت ، فلم يصح ذلك ، وفي مسألة أشهب إنما دفع إليه مالاً على أن يستأنف الكتابة فيرفع حقه في بيع العبد وانتزاع ماله والحجر عليه ، فصار هذا كالمعاوضة ، قال : وهذا مما ينظر فيه لإشكاله .

فرع :

والمنع إنما هو مع عدم اشتراط تعجيل العتق ، وأما لو تحمل رجل بالكتابة على شرط التعجيل فهو جائز ، ويكون للحميل الرجوع على المكاتب ، قاله في «المدونة» .

قوله : (**وَلا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ**) قرره ابن راشد وابن عبد السلام على أنها منعت قبل وجازت بعد الشروع ، وفيه نظر من وجهين :

أما أولاً : فإنه وإن لم يكن ديناً لازماً في الحال ، ولكن يستلزم فيدخل تحت قول المصنف : (**أَو آيِلاً إِلَيْه**) .

وأما ثانياً : فلأن الذي نقله المازري صحة الضمان بالجعل ، ولفظه : ومنها - أي من الحقوق المالية - ما ليس بعقد لازم كالجعالة على مذهب من يرى أن الجعل لا يلزم بالعقد كقوله : إن جئتني بعبدي الآبق فلك عشرة دنانير ، فهذا تصح الحمالة به أيضاً قبل المجيء بالآبق ، فإن جاء به لزم الحميل ما تحمل به ، وإن لم يأتِ به سقطت الحمالة .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْوَجْهِ وَإِنْ كَانَ مُنْكَراً .

ضمـان الوجه عـبارة عن الإتيـان بالغريم الذي عليـه الدين وقت الحـاجة ، ولم يختلف في صحة ذلك عندنا .

وقوله : (**وَإِنْ كَانَ مُنْكَراً**) ، **ابن عبد السلام** : ليس هذا موضعاً للمبالغة كما فعل المصنف ؛ لأن المنكر يحـتاج إلى إقـامة الـبينة عليـه فلابد من حـضوره في مـوضع القاضي لتوقع البينة الشـهادة على عينه ، وأما المقر فلا يحتـاج إلى ضمان الوجه في حقه في أكثر المسائل ، وإنما يحـتاج في الغالب إلى ضمان المال ، ولهذا ذهب بعض الشافـعية إلى صـحة ضمان الـوجه في حق المنكر دون المقر ، فلو قـال : (ولو كان مقراً) لكان أولى.

وَيَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ .

هذا لا خلاف فيه ؛ أي يلزم حميل الوجه إحضار المتحمل عنه وهو الذي ضمن .

وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ أَوْ بِبَرَاءَتِهِ مِنْهُ أَوْ سَجْنٍ .

لا يلزم إحضاره عند الحاكم ، إلا أن يشترط ذلك ، حكاه صاحب «الكافي»[١] .

وقوله : (**فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ**) هذا إذا كان مكان الاشتراط باقياً على حاله تجري فيه الأحكام ، وأما إن خرب فصار لا تجري فيه الأحكام ، فـهل يبرأ بإحضار الغريم فيه أم لا ؟ قولان ذكرهما محمد بن عبـد الحكم وكذلك ذكر القولين إذا أحضره بغير بلد الاشتراط بحيث تأخذه فيه الأحكام ، حكاهما ابن عبد الحكم .

المازري : وهذا عندي يلاحظ مسألة الشرط الذي لا يفيد ، وقد يكون هذا الشرط مفيداً كمـا إذا كان البلد المشترط إحضاره فيـه هو موضع سكنى البينة ، أو كان الحق غير عين وللطالب غرض في أخذه بمحل الاشتراط .

قال في «المدونة»[٢] : وإن دفعه إليه بمكان فيه حاكم فيبرأ ، وإن دفعه إليه في بلد لا سلطان فيه أو حال فـتنة أو مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامـتناع فيه ، لا يبرأ الحميل حتى يدفعه إليه بموضع يصل إليه أو به سلطان .

---

(١) « الكافي » (ص ٤٢٣) .

(٢) « المدونة » (١٣/ ٢٥٤).

وقوله : (أَوْ بِبَرَاءَتِهِ) أي ببراءة رب الدين للحميل من الحمالة .

(أَوْ سَجْنٍ) هو كقوله في «المدونة» : وإذا حضر المحمول عنه بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برئ ؛ لأن الطالب قادر على أخذه من السجن ويحبس له في دينه بعد تمام ما سجن فيه ، اللخمي والمازري : وسواء سجن بحق أو باطل لإمكان أن يحاكمه عند القاضي الذي حبسه ، فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه ، فيجري ذلك مجرى موته ؛ وموته يسقط الكفالة .

فروع :

الأول : ما ذكره المصنف من البراءة بالتسليم إنما هو إذا لم تكن الكفالة مؤجلة ، أو كانت مؤجلة وحل الأجل لا إن لم يحل ككون من له الدين لم يستحق الطلب ، فلا يفيده إحضاره للغريم وهو لا يستحق طلبه ، قاله المازري وغيره .

الثاني : إذا أسلمه الغريم وهو عديم ، وهو مذهب «المدونة» أنه يبرأ ، وهو الذي يؤخذ من قوله : (وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ) إذا لم يشترط الملاء ، وروى ابن الجهم عن مالك أنه لا يبرأ ، وقال به ابن اللباد .

الثالث : مذهب «المدونة» وهو المشهور أن الغريم لو سلم نفسه للطالب وأشهد أنه دفع نفسه إليه وقال له : أسقط الكفالة عن من تكفل بوجهي أن الكفالة لا تسقط .

قال في «المدونة»[1] : ولو كان في موضع تنفذ فيه الأحكام إلا أن يسلمه الحميل بنفسه أو وكيله .

ابن المواز : أو يقول الحميل للغريم اذهب فسلم نفسك ، ولا يكون الغريم كوكيل له ، وقال ابن عبد الحكم : يبرأ الكفيل بتسليم الغريم نفسه .

المازري : واختاره بعض أشياخي ، وكذلك أيضاً على المشهور لا تسقط الحمالة إذا أسلمه له أجنبي ، بل لابد أن يسلمه هو أو وكيله .

الرابع : لو شرط الحميل بالوجه أنك إن لقيت غريمك سقطت الكفالة عني ، اعتبر هذا الشرط إن لقيه بمكان تناله فيه الأحكام لا إن لم تنله ، قاله في «العتبية» .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٥٤).

وَإلا غرم بَعْدَ أَجَلٍ خفيف ، وقِيلَ : بِغَيْرِ أَجَلٍ ، وقِيلَ : لا يَغْرَمُ .

يعني : وإن لم تحصل براءة الحميل بأحد الوجوه المذكورة غرم على المشهور ، وعليه فالمشهور أنه يتلوم له ، وهو معنى قوله : (**بَعْدَ أَجَلٍ خَفِيفٍ**) وهو مذهب «المدونة» و«العتبية» و «الموازية».

وقال ابن وهب : لا يتلوم له ، وقيل : لا يغرم ، وهو مقابل لما أصله في صدر المسألة من الغرامة .

وهذا القول لابن عبد الحكم ، ووجهه أنه إنما التزم إحضار الغريم وذلك لا يدل على التزام المال على المشهور من إثبات التلوُّم ، ففي «المدونة»(١) : وإن كان الغريم حاضراً أو غائباً قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه تلوم السلطان للحميل ، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلا غرم ، وإن بعدت غيبة المكفول غرم مكانه ، فحد الغيبة القريبة اليوم وشبهه .

المازري : وقيل : هي يومان وقيل : ثلاثة ، واختار بعض الأشياخ اليوم ؛ لأنه مقدار ما يتلوم في الحضور ، وهل ذلك ثلاثة أيام لكون الحميل يسافر ليأتي بالمكفول مسافة يوم، ويتأخر يوماً في طلبه ، ويأتي به في اليوم الثالث ؟ وإذا قيل : يومان ، اقتضى ذلك خمسة أيام ، يومان في السفر ومثلهما في القدوم ويوم الإقامة في طلبه ، والقول بالثلاثة أبعد ؛ لأن ذلك يقتضي عندي سبعة أيام ، والأصح عندي في هذا مراعاة الضرر فينفي عن الطالب ضرر التأخير الذي يضر به ، وينفي عن الحميل ضرر الاستعجال الذي يضر به .

فرع : وهل يتلوم لضامن المال إذا غاب الأصل أو أعدم ؟ قولان لابن القاسم .

فَلَوْ حُكِمَ بِالْغُرْمِ فَفِي سُقُوطه بِإِحْضَارِه قَوْلانِ .

يعني : إذا حمل القاضي على حميل الوجه بالغرم لعدم الغريم ، ثم أحضره فهل يسقط عنه الغرم بإحضاره ؛ لأنه إنما غرم لغيبته وقد وجدوا الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وهو قول سحنون ، أو يقال هو حكم مضى وهو مذهب «المدونة» والمشهور ؟ وعلى قول سحنون إذا دفع الضامن المال قبل الإحضار مضى ، وذكر عياض أنه المشهور ، وقول سحنون على خلاف هذا الوجه ؛ لأنه قال بعد ذكر ما في «المدونة» : إن كان قد حكم

---

(١) «المدونة» (١١/ ٣٦٦).

على الحميل بالغرم مضى الحكم ، واختلف الشيوخ في المراد بالحكم هل هو شهادة الحاكم على الحميل بالغرم ، وهو قول عبد الملك ، وقال بعضهم : بل القضاء عليه بالمال ودفعه لربه ، وأما إن لم يغرم فيسقط إذا أتى بالغريم ، ومثله في سماع عيسى ، ونحوه عن سحنون انتهى بمعناه .

ونقل اللخمي وابن يونس القولين ، كما نقلهما المصنف ، وإذا فرعنا على المشهور أنه لا يسقط الغرم عن الضامن بحضور الغريم ، فقال ابن يونس وغيره : يبقى للطالب التخيير إن شاء اتبع الغريم أو الحميل .

فرع :

لو غاب الغريم فأراد كفيل الوجه أن يثبت فقره ليسقط ، فإنه لو حضر وهو فقير لم يلزم الحميل غرم ، فقال اللخمي : له ذلك ولا غرم عليه إذا ثبت ذلك ؛ لأن يمين الغرم على العدم استظهار .

وقال المازري : يجري فيها قولان ؛ لأن الفقر إذا ثبت بالبينة لم يحلف الغريم على ذلك ؛ أي : فهل يحلف الغريم لتعذر هذه اليمين ، أو لا لأنها استظهار ؟ هذا معنى كلامه .

فرع :

وأما لو أغرم الحميل ثم أتت بينة أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء لرجع الحميل على رب الدين بما أدى إليه ، قاله في «المدونة»[1] ، وغيرها .

فَلَوْ مَاتَ الْمَضْمُونُ لَمْ يَلْزَمِ الضَّامِنَ شَيْءٌ ، وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِذَا مَاتَ بَعْدَ الأَجَلِ لَزِمَ وإِنْ كُنْتُ قُلْتُ غَيْرَ هَذَا فَاطْرَحُوهُ ....

أي : فلو مات الغريم وهو مراده بالمضمون ولم يكن حكم على حميل الوجه بالضمان لم يلزم الضامن شيء ، وهو مذهب «المدونة» ، وعلله فيها بأن النفس المضمونة قد ذهبت .

محمد : وهذا هو المعروف من قول مالك ، وعليه جماعة من أصحابه ، وعن ابن القاسم أيضاً في «الموازية» ما ذكره المصنف من القول الثاني ، ونصه عند ابن يونس : ابن

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٥٤).

القاسم : وإن مات في غيبته وهي قريبة أو بعيدة لزم الغرم الحميل ، إلا أن تكون الحمالة مؤجلة ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة لو كلف الحميل المجيء به لخرج فيها ورجع قبل محل الأجل ، فحينئذٍ تسقط عنه الحمالة ولا تلزمه .

ابن القاسم : وإن كنت قلت لكم في هذه المسألة غير هذا فاطرحوه وخذوا هذا ، فظاهر، وصرح بذلك ابن القاسم في هذا القول في «العتبية» أنه لو مات بالبلد لم يلزم الكفيل شيء ولو مات بغيره لفصل كما ذكرنا ، وإنما لزم الكفيل الغرم في هذا القول ؛ لأن تفريطه في الغريم حتى خرج عن البلد كعجزه عن إحضاره وهو حي ؛ لأنه لو منعه من الخروج لحل الأجل عليه وهو بالبلد فيتمكن رب الدين من طلبه .

وعلى هذا فقول المصنف : **(وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِذَا مَاتَ بَعْدَ الأَجَلِ)** يريد : وبغير البلد، وقول ابن القاسم في هذه الرواية : (ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة) مفهومه لو كان بأيام قليلة لكان الضمان أيضاً عليه وهو كذلك ، ولكن اختلف في حد ذلك ، فقال ابن القاسم في «الموازية» : إن بقي من أجل الدين ما لا يتحمل أن يذهب الكفيل فيأتي به لزمت الكفيل الغرامة ، وقال ابن القاسم أيضاً في «الواضحة» : إن بقي من الأجل ما لو أقيل الغريم فيه لوصل عند الأجل فلا شيء على الحميل ، وحمله على الوفاء على أن يأتي بنفسه من غير رسول ، قاله اللخمي والمازري وغيرهما .

فرع : لو مات حميل الوجه فالمشهور أن الكفالة لا تسقط وكأنه التزم ديناً في ذمته خلافاً لعبد الملك ، وكأنه على قوله إنما التزم ما يتعلق بعينه .

المازري : وعلى المشهور فإن كان الدين حالاً طُلِبت الورثة بإحضار الغريم ، وإلا أخذ الحق من التركة ، وإن كان ذلك مؤجلاً فإن الورثة أيضاً يطالبون بإحضار الغريم ، فإن أحضروه سقطت الكفالة .

محمد : وتسقط إذا أحضره أحد الورثة وإن كان الدين مؤجلاً .

ابن عبد السلام : هكذا حكى المازري عن محمد ، والذي رأيته في «الموازية» بعد أن حكى قول عبد الملك .

محمد : يقال لورثته : جيئوا بالذي عليه الدين ، وإلا ضمنتم .

التونسي : لم يذكر متى يجيئون به ولعله أراد عند حلول الأجل ، انتهى .

ونقل اللخمي عن محمد مثل ما نقله المازري بناء على نقله .

وعارض الأشياخ المتأخرون هذا بأن إحضار الغريم قبل الأجل لا يفيد الطالب ؛ إذ لا يقدر على طلبه حينئذ قال : ولعل محمداً رأى هذه الحوالة تحل بموت الحميل كما تحل بموت الغريم ، وما ذلك إلا لما يلحق ورثته من الضرر في قسمة التركة ، وقد يتعلق بها حق الطالب لإمكان أن يحل الأجل ويغيب الغريم .

فَلَوْ قَالَ : أَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ وشِبْهِهُ طَلَبُهُ بِسَفَرٍ مِثْلِه .

هذا هو حميل الطلب ، وقوله : (**بِطَلَبِه وشِبْهِهُ**) يحتمل أن يريد بالشبه نحو هذه الصيغة ، كما لو قال : علي أن أطلبه ، وقال ابن عبد السلام : تقع حمالة الطلب على وجهين :

الأول : أن يبتدئ الحمالة على ضمان الوجه ، ويشترط الضامن إن لم يجده فلا شيء عليه من المال .

والثاني : أن يبتدئ الحمالة على ضمان الطلب ، ولما أراد المصنف الجمع بينهما قال : (**فَلَوْ قَالَ : أَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ وشِبْهِهُ**) .

ابن المواز : ويلحق بقوله : (أضمن وجهه وأنا بريء من المال في عدم إغرامه المال) ما لو قال : (لا أضمن إلا وجهه) ؛ أي لأنه استثنى وجهه بعد أن عمم نفي الضمان لكل شيء ، واستشكل صاحب «المقدمات» و «البيان» قول محمد هذا ، وقال : لا فرق بين قوله : (أضمن وجهه) وبين (لا أضمن إلا وجهه) ، قال : وإنما يصح ما قاله محمد إذا كان لكلامه بساط يدل على إرادة الطلب فقط ، كما لو قيل له : تحمل لنا بوجه فلان فإن جئت به فأنت بريء من المال ، فيقول : لا أضمن إلا وجهه .

عياض : وتصح حمالة الطلب في كل شيء حتى في القصاص .

وقوله : (**طَلَبُهُ بِسَفَرٍ مِثْلِه**) الضمير في (**مِثْلِه**) عائد على الحميل ، وكذلك قال في «الجواهر» [١]، وقال اللخمي : إن لم يعلم موضعه وحيث توجه كان عليه أن يطلبه في البلد، وفيما قرب .

واختلف إذا عرف موضعه ، فقال أصبغ : يطلبه على مسيرة اليوم واليومين ، وحيث

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٥٥) .

لا مضرة فيه ، وقال ابن الماجشون : يخرج لطلبه قرب أو بعد ، ما لم يتفاحش ، فأما ما يكون من أسفار الناس فليخرج ، أو يرسل أو يؤدي عنه .

ابن حبـيب : والشهر ونحوه من أسفار الناس ، وقال ابن القـاسم في «العتبية» : يعتبر في هذا ما يقوى الكفيل عليه فيكلفه وما لا يقوى عليه فلا يكلفه .

وقد حكى المازري هذه الثلاثة الأقوال وحكاها أيضاً صاحب «البيان» ، قال بعد هذا : وحكى فضل عن ابن عبد الحكم أن السلطان يتلوم له فإن جاء به وإلا حبسه حتى يأتي .

والظاهر أن المصنف أراد بقوله : (**سَفَر مِثْله**) قول ابن الماجشون ، فإن قلت : بل أراد قول ابن القاسم ، قيل : لفظة : (يقوى) تعطي من الوسع ما يعطي (**سَفَر مِثْله**) .

فإن قلت : لعل المصنف أراد إذا لم يعلم موضعه .

قيل : هناك لم يشترط سفر المثل ، وإنما قالوا يطلبه في البلد وما قرب منه .

فرع : ولا يلزم حمـيل الطلب غرم ، وإن لم يأت بالغـريم إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره ، ففرط حتى هرب أو أنذره حتى هرب ، قاله غير ابن القاسم في «المدونة» .

أبو الحـــسن : وهو تتميم وتفسـير ، وهكذا قال في «العتبيـة» ؛ لأن فيها : وإن أثبت الطالب أنه خرج وأقام بقريتـه ولم يتمادى عاقبه السلطان بالحـبس بقدر ما يرى ، أو يأمره بإحضار صاحبـه إن قدر عليه ، وأما أن يضمنه المال فلا ، إلا أن يلقاه فيتـركه فيضمن إن أثبت ذلك عليه ، وكذلك إن كان غيبه في بيته ولم يظهره ، ولهذا قال ابن الهندي : عليه أن يحلف ما قصر في طلبه ولا دلس فيه ولا يعلم له مستقرا .

أبو مـحمد صـالح : وهذا على القول بلحوق أيمان التـهم ، وظاهر ما لابن القاسم في «العتبـية» تصديقه مـن غير يمين ؛ لأن فيهـا : إذا خرج لطلبه ثم قـدم وقال : لم أجده ، وقال الطالب : من يعلم أنك بلغت الموضع ، القـول قول المحيل إن مضت مدة يبلغ فـيها ويرجع .

اللخـــمي : وهو مثل قوله في «المدونة» في الأجـير على تبليغ الكتاب يدعي أنه أوصله وخالفه غيره في الأجير ، فيلزم على قوله أن يكلف الحميل إثبات وصوله ورده .

المـــازري : هذا التخريج بأن الأجير يطلب إثـبات دين في ذمته ، والدين لا يثبت في الذمة إلا ببينة ، وأما الحميل فإنه إنما يبرئ نفسه من الطلب .

وَلَوْ شَرَطَ الأَجَلَ فِي الْحَالِ والْغَرِيمُ مُعْسِرٌ يُوسِرُ فِي مِثْلِهِ مَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وأَجَازَهُ أَشْهَبُ....

يعني : لو شرط الضامن التأجيل بالدين الحالّ على الغريم والغريم حينئذٍ معسر يوسر قبل تمام الأجل ، فهل يمنع لأن الزمان المتأخر عن يساره يعد صاحب الحق فيه مسلفاً - لأنه أخر ما عجل فيمتنع لأنه مسلف وقد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه وهو قول ابن القاسم ، وهذا على أن اليسار المترقب كالمحقق - أو يجوز ؟ لأن الأصل استصحاب عسره، ويسره قد لا يكون ، فلم يؤخره وكان المعسر تبرع بالضمان ، وهو قول أشهب ؟ أما إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق ، وهذا مفهوم من كلام المصنف .

وقوله : **(في مثْله)** لفظة (مثل) زائدة ؛ لأن المراد في الأجل قبل فراغه ، ومعنى قولنا: **(يُوسِرُ)** قبله ؛ أي الغالب عليه أن يوسر قبله كبعض أصحاب الغلات .

وفهم من قوله : **(والْغَرِيمُ مُعْسِرٌ)** أنه لو كان موسراً لجاز ، وكذلك نص اللخمي عليه .

فَلَوْ كَانَ مُوسِراً بِالْبَعْضِ جَازَ ضَمَانُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْجَمِيعِ .

كما لو كان عليه مائتان وبيده مائة جاز أن يؤخر ما هو به موسر لضامن ولا مانع ، وكذلك المعسر به لأنه تبرع لضامن ، ولو ضمنهما منع لأنه سلف جر منفعة ؛ إذ تأخيره بالمائة الموسر بها سلف ، وانتفع بالضمان في المائة التي هو معسر بها ، وقاله اللخمي وصاحب «البيان» .

وَلَوْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلَ حالا جَازَ .

هكذا في «المدونة» : وجعل الرهن كذلك ، قال : لأنه زيادة توثق ، وأطلق كلام المصنف ، وقيده ابن يونس بما إذا كان الحق مما له تعجيله ، وأما إن كان عرضاً أو حيوانا من بيع فلا يجوز ؛ لأنه (حط الضمان وأزيدك) .

ابن عبد السلام : وليس هو ببين ؛ لأن رب الدين ما أخذ زيادة في نفس الحق ولا منفعة ينتفع بها ، وإنما قصد التوثق ، وذلك يدل على أنه لا غرض له في التأخير ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته ، وتظهر فائدته مع التأخير لا مع التعجيل ، انتهى .

وقال اللخمي : إن أعطاه حميلاً ليتعجله قبل الأجل فإن كان الدين عيناً أو عرضاً من

قرض جاز ، وإن كـان من بيع وكان قَصَد الغـريم بتعجيله منفـعة الطالب جاز ، وإن أراد إسقاط الضمان عن نفسه لم يجز .

وَلَوْ عَلَّقَ الضَّمَانَ بِعَدَمِ وفَاءِ الأَصْلِ تَلَوَّمَ الحَاكِمُ وأَلْزَمَهُ مَا لَمْ يَكُنْ مَلِيئا حَاضِراً ....

أي : (وَلَوْ عَلَّقَ الضَّمَانَ بِعَدَمِ وفَاءِ الأَصْلِ) فقال : (أنا ضامن لك بما على فلان إن لم يوفِّك حقَّك) فـإن الضمان صحـيح على الوجه الذي شرط ، ويتلوم له القاضي بـقدر ما يرى، ثم يلزمه المال ، إلا أن يكون الغريم حـاضراً مليئاً ، فإن القـاضي يجبره على الدفع للطالب .

وَصِيغَتُهُ : تَحَمَّلْتُ ، وتَكَلَّفْتُ ، وضَمِنْتُ ، وأَنَا زَعِيمٌ ، وعِنْدِي ، وشِبْهُ ذَلِكَ .

قوله : (**وشِبْهُ ذَلِكَ**) ؛ أي قبيل ، وأدين ، وصبير ، وعزيز ، وينبغي أن يعتمد هنا على الألفاظ التي يستعملها العرف في الضمان لا على غيرها .

فَلَوْ قَالَ : أَرَدْتُ الوَجْهَ – فَقَوْلانِ.

قال في «المدونة»[1] : من قال : أنا حميل ، أو زعيم ، أو ضامن ، أو قبيل ، أو هو لك عندي ، أو علي ، أو إلي ، أو قِبلي ، فذلك كله حمـالة لازمة إن أراد الوجه لزمه ، وإن أراد المال لزمه ، قالوا : ويصـدق ، وإن لم يدعِّ أنه أراد شيئاً فاخـتلف الشيوخ : هل يحمل على المال أو على الوجه ؟ واختار ابن يونس وصاحب «المقدمات» أنه بالمال واستدلا بقوله ﷺ : «**الزعيم غارم**» ، ولأنه المتبادر من لفظة الحمالة .

المازري : واختار بعض الشيوخ أنه بالوجه لكونه أقل الأمرين ، والأصل براءة الذمة ، ورد الاسـتدلال بالحـديث بأنه إنما قصـد بالحديث بيـان حكم وجـوب المطالبة للكفـيل بما ضمنه، ولم يقـصد به بيـان حكم إطلاق هذه اللفظة ، قال : ولأن الغـرامة إنما تكون في الأموال لا في الأبدان ؛ إذ البدن لا يصح أن يغرم ، فكأنه يقول : الزعيم غارم لما ضمن، والضامن الذي يتصور فيه الغرامة إنما يكون في المال .

فرع :

وأما إن حـقَّقَ كل واحد مـنهمـا ما وقعت بـه الحمالة ، فـقال الحـميل : إنما تحـملت بالوجه، وقال الطالب : بل بالمال ، فالقول قول الحميل ؛ لأن الأصل براءة الذمة .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٥٥).

كتاب الشركة

الشِّرْكَةُ : إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا مَعَ أَنْفُسِهِما

هي بكسر الشين وسكون الراء ، والإجماع على جوازها من حيث الجملة ، ورسمها المصنف بقوله : **(إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ)** أي : أذن لصاحبه أن يتصرف مع نفسه ، فقوله : **(إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا)** كالجنس .

(مَعَ أَنْفُسِهِما) فصل أخرج به الوكالة ، قال في «المقدمات»(١): وهي من العقود الجائزة، لكل منهما أن ينفصل متى شاء إلا الشركة في الزرع ، ففي لزومها خلاف ؛ لترددها بين الإجارة والشركة، وسيأتي ذلك ، ونحوه للخمي ، وخرج قولاً - بلزومها لأول نضة - من الشاذ في كراء المشاهرة أنه يلزم شهراً .

قال : وأما إن أخرجا مالاً لأن يشتريا به شيئاً معيناً - فإنه يلزم إن لم يمكن كل واحد بانفراده شراؤه ، أو أمكنه ، ولكن اشتراؤهما أرخص ، وإلا فقولان ، وهما على الخلاف في شرط ما لا يفيد .

وفي «معين الحكام» : الشركة تنعقد بالقول على المشهور من قول مالك وأصحابه ، وكذلك قال ابن يونس : إنها تلزم بالعقد كالبيع ، لا رجوع لأحدهما فيها كالبيع ، بخلاف الجعل والقراض ، ولعياض وابن عبد السلام نحوه .

ابن عبد السلام : الظاهر أنه لا مخالفة بينهم ، ومراد ابن يونس وغيره أنها تلزم بالعقد باعتبار الضمان ؛ أي : إذا هلك شيء بعد العقد يكون ضمانه منها ، خلافاً لمن يقول : إنها لا تنعقد إلا بالخلط .

فإن قلت : يلزم من هذا مخالفة «المدونة» ؛ لقوله : وإن بقيت كل صرة بيد صاحبها حتى ابتاع بها أمة على الشركة ، فالأمة بينهما ، والصرة من ربها ، وقال غيره : لا تنعقد بينهما شركة حتى يخلطا .

قيل : قد قيد اللخمي ذلك بما إذا كان في الصرة حق توفية وزن أو انتقاد ، قال : وأما إن وزنت وانتقدت وبقيت عند صاحبها على وجه الشركة فضاعت - لكانت مصيبتها منهما؛ لأن الخلط عنده ليس بشرط في الصحة ، هذا نصه ، وهو يدل لما قلناه وأيضاً

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٢١١) .

فلجعله الأمة بينهما ، فاعلمه .

الْعَاقِدَانِ كَالْوَكِيلِ والْمُوَكِّلِ .

هذا شروع منه في بيان أركـانها ، يعني أن من جاز له أن يتصرف لنفـسه - جاز له أن يوكل ويشـارك ؛ فلا يشارك العـبد إلا أن يكون مـأذوناً له ، وكذلك غـيره من المحـجور عليهم، وشبهه المصنف بالوكيل والموكل ؛ لأنه قد يشبه بما سيأتي ، ويقرب من هذا هنا أن تأتى الوكالة إثر الشركة ، واعلم أن كل واحد وكـيل عن صاحبه ، موكل له ، وعلى هذا فيكون المصنف شبه كلا منهما بمجموع الوكيل والموكل .

فإن قيل : فقد قالوا : إن الذمي لا يوكل على المسلم فهل يتأتى هنا ؟

قيل : لا يبعد ؛ وقد قال ابن حبيب : لا ينبغى للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة ، والتوقي للخيانة والربا والتخليط في التجارة ، ولا يشارك يهودياً ولا نصرانياً ولا مسلماً فاجراً إلا أن يكون هو الذي يتولى البيع والشراء ، وإنما للآخر البطش والعمل .

الصِّيغَةُ ما يَدُلُّ لَفْظاً أَوْ عُرْفاً .

ابن عبـد السلام : يعني أن الشركة لا تختص بلفظ معين ، بل كل ما يدل عليها لغة أو عرفـاً ، أو ما يقـوم مقـام ذلك من الأفعـال ، وفي كلامـه مسامـحة ؛ لأنه قـابل اللفظ بالعرف، فإن أراد باللفظ ما هو أعم من اللغة والعرف ، فكيـف يجعل العرف قسيماً له ، وإن كان مراده باللفظ ما أفاد في اللغة ، وبالعرف مـا أفاد من الألفاظ العرفية - فقريب ، إلا أنه يخرج عنه الفعل ، وإن أراد بالعرف ما أفـاد عرفاً أعم من أن يكون لفظاً أو غيره - ففيه من الإشكال أنه يكون قد فسر الصيغة بما هو أعم منها .

ومثال الفعل الدال كما لو خلطا ماليهما وباعا .

مَحَلُّهَا : الْمَالُ والْعَمَلُ ، فَفِي الْمَالِ : بَيْعٌ مِنْ غَيْرِ مُنَاجَزَةٍ لِبَقَاءِ الْيَدِ .

كلامه ظاهر التصور ؛ وذلك لأنه إذا أخرج أحدهما مائة دينار ، والآخر مثلها - فكأن كل واحد منهما باع نصف ما أخرجه بنصف ما أخرجه الآخر ، لكنهما لم يتناجزا لبقاء يد كل واحد منهما .

وقلنا : (من غير مناجـزة) لأن ذلك لو كان مناجزة لاكتـفي به في الصرف ، ولهذا - الذي أشار إليـه المصنف - كان الأصل منعهـا في المال الذي ذكرنا لولا الإجمـاع الذي نبه

عليه المصنف بقوله :

والإِجْمَاعُ عَلَى إِجَازَتِهَا بِالدَّنَانِيرِ والدَّرَاهِمِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ .

(كِلا الْجَانِبَيْنِ) أي : أن يخرج كل واحد منهما ذهباً ، أو كل واحد ورقاً .

واحترز به مما لو أخرج أحدهما ذهباً والآخر ورقاً ، لأنه ممنوع كما سيأتي ، وعلى كلام المصنف يكون الإجماع على غير قياس ، وأشار ابن عبد السلام إلى أن بقاء اليد لا يمنع من التناجز لاختلاف وجوه الضمان في ذلك بالجزء المبيع ، ألا ترى أنه كان مضموناً قبل الشركة من البائع ، وضمانه بعدها منهما ، فيكون الإجماع منعقداً على مقتضى القياس ، وإنما لم يكتف بهذا القدر في الصرف احتياطاً .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن بيع العين بالعين مصارفة بلا إشكال ، والإجماع هنا جار على غير قياس .

وقد صرح صاحب «المقدمات»[1] وغيره بأن هذا الإجماع ليس بجار على قياس .

فَقَاسَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ الطَّعَامَ الْمُتَّفِقَ فِي نَوْعِهِ وصِفَتِهِ ، ومَنَعَهُ مَالِكٌ ، فَقِيلَ : لأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ....

يعني : أن ابن القاسم قاس الطعامين المتفقين في الصفة على الدنانير والدراهم والجامع حصول المناجزة حكماً لا حساً ، فكما اغتفر هذا في الدنانير والدراهم - فكذلك يغتفر في الطعامين ، ومنع ذلك مالك ، ولأصحابه في الفرق أوجه :

أولها : ذكره عبد الحق عن شيوخه : أن في الطعامين يدخله بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه ، ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد منهما على ما باع ، فإذا باعا يكون كل واحد منهما بائعاً للطعام قبل استيفائه ، وهذا هو الذي ذكره المصنف .

ثانيها : ما أشار إليه ابن المواز أن ذلك لما يدخله من خلط الطعام الجيد بالدنيء .

ثالثها : لأنه إجماع خرج من غير قياس كما تقدم ، وما كان كذلك لا يصح القياس عليه على الصحيح .

رابعها : لإسماعيل القاضي : أن الشركة في الطعام مشروطة بالمساواة في القدر

---

(١) « المقدمات » (١/ ٨٩) .

والصفة، وذلك متعذر عادة ، قال : ولا ينقض هذا بجواز بيع الطعام بعضه ببعض ؛ لأن المطلوب في البيع حصول المساواة في القـدر فقط ، ورده ابن يونس بأنه تفريع على خلاف أصل مالك وابن القاسم ، وذلك لأن طرده يقتضي جـواز الشركة بالطعامين المختلفي النوع إذا حصلت المساواة في القيمة .

ابن عـبـد السـلام : قد يقال إذا كان التـساوي في القيمة مع اتحاد النوع مـتعذراً عادة - فأحرى أن يكون متعذراً مع اختلافه .

وذكر بعـضهم **خـامسـاً** : أن الطعام مما تختلف فـيه الأغراض ، ولعله راجع إلى قول إسماعيل .

وسادسـها : أن علل الطعام كثيرة بخلاف الدنانير والدراهم ، ولعله يرجع إلى ما ذكره عبد الحق[١] .

خليل : وقد يقال : في قول إسماعيل القاضي نظر ؛ لأنه لولا حصول المساواة لم يكن من ذوات الأمثال ، وكذلك أيضاً فيما ذكره عبد الحق نظر ؛ لأنه أجاز في «المدونة» الشركة بالطعام والنقد ، ولو كان كما ذكر من العلة لمنع ذلك .

واحترز المصنف بقوله : (وصفته) مما لو اختلفت الصـفة كسمراء ومحمولة ، فإنه ممتنع عند ابن القاسم أيضـاً ، قال في «المدونة»[٢] : وسواء اتفقت القيـمة أم لا ، وحكى عبد الحق[٣] عن بعض القرويين أنه يجوز - على مذهب ابن القاسم - الشركة بالطعام المختلف اختلافاً يسيراً ؛ كما يجوز في اليزيدية والمحمدية .

قال في «المقـدمات» [٤]: وهو محـتمل ، وظاهر قول ابن الـقاسم في «المدونة» أنه لا يجيـز التفاضل في الطعـامين المتفقين في الصـفة ؛ لأنه قال في غيـر موضع : إن ذلك لا يجوز حتى يتفقا في الكيل والجودة ، وأطلق ، قال : وهذا أظهر مما حكاه عبد الحق .

وتُمْنَعُ فِي الدَّنَانِيرِ مَعَ الدَّرَاهِمِ والطَّعَامَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا.

يـعـنـي : فإن أخـرج هذا ذهباً والآخر دراهم - امـتنع ، وعلل ذلك في «المدونة» بأنه

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٣٩).

(٢) « المدونة » (١٣/ ٢٥٧) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/ ١٣٩) .

(٤) « المقدمات » (١/ ٩٠) .

صرف وشركة ، والصرف لا يجوز مع الشركة ، وإذا لم يجز البيع مع الشركة فالصرف أولى ، وأجاز ذلك أشهب وسحنون ، وقالا : إنما يمنع الصرف والشركة إذا كان الصرف خارجاً عن الشركة ، وأما الداخل فيها فيجوز ، ورواه ابن القاسم عن مالك في «الموازية».

ابن المواز : وهو غلط ، وما علمت من أجازه ؛ لأنه صرف لا يبين به صاحبه لبقاء يد كل واحد منهما ، وروى ابن وهب عن مالك الكراهة ، وبذلك أخذ محمد ، وقيد اللخمي ما في «الموازية» بما إذا تناجزا في الحضرة .

فرع : ولو أخرج هذا ذهباً وورقاً والآخر مثله ذهباً وورقاً ، فإنه يجوز .

ابن عبد السلام : لا أعلم فيه خلافاً ، ولهذا رجح جماعة قول سحنون ؛ لأن التعليل الذي ذكره في «المدونة» في الدراهم مع الدنانير جار في هذه ، وهي جائزة ، قال في «المدونة» مفرعاً على المشهور في الشركة في الدنانير والدراهم : فإن عملا فلكل واحد رأس ماله ، ويقتسمان الربح : لكل عشرة دنانير دينار ، ولكل عشرة دراهم درهم ، وكذلك الوضيعة ، قال : وإن عرف كل واحد السلعة التى اشتريت بماله فإن السلعة تباع ، ويقسم الثمن كله ، كما ذكرنا ، وقال غيره : لكل واحد السلعة التى اشتريت بماله إن عرفت ، ولا شركة له في سلعة الآخر .

وأما الشركة بالطعامين المختلفين فالمشهور - وهو مذهب «المدونة» - المنع ، ففيها : وإن أخرج أحدهما محمولة والآخر سمراء ، أو أخرج هذا قمحاً والآخر شعيراً ، وقيمة ذلك متفقة أو مختلفة ، وباع هذا نصف طعامه بنصف الآخر - لم يجز على حال كيفما شرط ، كما لا أجيز الشركة بدنانير ودراهم متفقة قيمتها ، والقول بالجواز لسحنون بشرط أن تتفق القيمة .

اللخمي : يريد : والكيل .

وقول المصنف : (فِيهِمَا) أي : في صورتي الدنانير والدراهم والطعامين المختلفين ، وقد بينا ذلك ، وفي «المقدمات»[1] و «البيان»[2] عن مالك قول بالجواز في مسألة الطعامين المختلفين كقول سحنون .

وَتَجُوزُ بِالْعَرْضَيْنِ مُطْلَقاً ، وَرَأْسُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرْضُهُ .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢١٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٢٤) .

تجوز الشـركة بالعرضين مطلقـاً ، أي : سواء كانا من جنـس أو من جنسين ، قال في «المدونـة» (١): ولا بأس أن يشتركا بعرضين متـفقين أو مختلفين ، أو طعام وعرض على قيمة ما أخرج كل واحد .

وروي عن مالك في «الموازية» أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين : ما هو من عمل الناس ، وأرجو ألا يكون فيه بأس .

وينبغـي حمل هذا على الوفاق ؛ لـقوله : أرجو ألا يكون بذلـك بأس ، وإن كان ابن رشد حمله على الخلاف .

وقوله : **(ورأسُ مَالِ كُلٍّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرْضُهُ)** ؛ أي إلى يوم الإحضار .

فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةً فَرَأْسُ مَالِهِ مَا بِيعَ بِهِ عَرْضُهُ لا قِيمَتُهُ يَوْمَ أَحْضَرَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ .

يـعـنـي : فلو وقعت الشركـة بالعرضين فاسدة - كمـا لو وقعت على تفاضل الربح أو العمل - فاختلف فيما يكون رأس مال كل واحد مـنهما ، فالمشهور أنه ما بيع به عرضه ؛ لأن العرض في الشركـة الفاسدة لم يزل على ملك ربه وفي ضمـانه إلى يوم البيع ، وهذا كمـا قلنا في البيع الفـاسد : إنه ينتقل إلى ملك المـشتري بالفـوات ، فيضـمن قيمـته يوم القبض، والشاذ الذي حكاه المصنف باعتبار القيمة يوم الإحضار .

ابن راشد وابن عـبد السلام : ليس بمنصوص وإنما خرجه التونسي على قول من يرى أن التمكين في البيع الفاسد يوجب الضمان ، على أنه لم يجزم هذا القروي به ، بل جعله مما يمكن أن يقال ، والأقرب أنـه لا يتخرج ؛ لأن التمكين في البيع الـفاسد تمكين تام ؛ إذ لا شركـة لأحد معه فـيه ، بخلافه هنا ، فـلا يلزم من انتقال الضـمان بالتمكين التام انتـقاله بالتمكين غير التام .

وأشار التونسي أيضاً إلى تخريجه مما إذا أخرج أحدهما ذهباً والآخر ورقاً ، فإن المشهور - وهو مذهب ابن القاسم - فسادها ، مع أنه قال : إذا اشترى كل سلعة وعرفت يقتسمان الربح على حسب رأس مالهما .

خـليـل : وقد يخرج على أن المستثنى من أصل إذا فـسد ، هل يلحق بصحيح أصله أو بصحـيح نفسه ؟ وذلك أن الشـركة مستـثناة من البيع ؛ إذ جوز فـيها من بيع النقـد بالنقد

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٣) .

والطعام بمثله ما لم يجوز في البيع ، فإذا فسد فهل ترد إلى صحيح أصلها - وهو البيع - فيجيء منه المشهور ، أو إلى صحيح نفسها - وهو الشركة - فتكون القيمة يوم الإحضار كما قلنا ؟

عبد الحق[1] **وابن يونس** : فإن لم يعرفا ما بيعت به سلعة كل منهما فلكل واحد منهما قيمة عرضه يوم البيع ؛ لأن سلعة كل واحد منهما كانت من ضمانه إلى أن بيعت ، فالبيع أفاتها ، كما قال في الطعامين إذا خلطا : إن رأس مال كل واحد منهما ما بيعت به سلعته.

تنبيه : قوله : (**فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةً... إلخ**) يقتضي أن القيمة في الشركة الصحيحة يوم الإحضار كما قلنا ، وكذلك هو في «المدونة» .

فَلَوْ خَلَطَا الطَّعَامَيْنِ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ الْخَلْطِ مُتَّفِقَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ كَالْمُسَاوِي ، ورُوِي : يُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِعَدَمِ التَّعَدِّي ....

يعني : لو خلطا الطعامين في الشركة الفاسدة ، أما على قول مالك فلأن الشركة في الطعامين لا تقع إلا فاسدة ، وأما على قول ابن القاسم فكما لو وقعت على تفاضل الربح والعمل ، أو في نوعين مختلفين كقمح وشعير ، فالمشهور أنه تعتبر قيمة كل طعام منهما يوم الخلط ، ولهذا التقدير الذي ذكرناه أفرد المصنف الضمير في (**قِيمَتُهُ**) .

وقوله : (**ورُوِي : يُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ**) هو لمالك في «الموازية» ، وفهم اللخمي هذه الرواية على أن كل واحد يضمن لصاحبه مثل نصف طعامه ، وإنما اقتسما على المساواة لأنهما على ذلك دخلا ، وهو حسن ، وأبقاها التونسي على ظاهرها ؛ أي : من غير غرم، وقال في توجهها : لأن كل واحد لم يكن متعدياً في خلطه ، ودخل على أنه لا فضل له على صاحبه ، ثم استشكل ذلك فقال : وقد تكون قيمة الشعير مفرداً عشرة ، وقيمة القمح مفرداً عشرين ، فإذا اختلطا صارت قيمة الشعير خمسة عشر ، فكيف يصح أن يقتسماه نصفين ؟ وإنما زادت قيمة الشعير بالقمح ؛ فيجب أن يكون الزائد لرب القمح.

وتَصِحُّ بِالْعَرْضِ مِنْ جَانِبٍ والنَّقْدِ مِنْ جَانِبٍ عَلَى الْمَشْهُورِ .

المشهور مذهب «المدونة» ، ولم أقف على الشاذ ، ولعله منع لاجتماع البيع والشركة ،

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٤٠) .

وإنما أجاز في المشهور هنا ، ومنع في التأخير الدنانير والدراهم ؛ لأنه ليس في العين والعرض إلا مانع واحد، وهو البيع والشركة، وهو مغتفر في أصل الشركة بخلاف الدراهم مع الدنانير ، فإن في ذلك علتين : البيع والشركة والصرف من غير مناجزة، والله أعلم.

ويُشْتَرَطُ فِي الذَّهَبَيْنِ اتِّفَاقُ صَرْفِهِمَا لا غَيْرُ .

يعني : ولا ينظر إلى اختلاف الشكل ، قال في «المدونة»[1] : وإن أخرج أحدهما دنانير هاشمية ، والآخر مثل وزنها دمشقية ، أو أخرج هذا دراهم يزيدية ، والآخر مثل وزنها محمدية - وصرفها مختلف - لم يجز إلا في اختلاف يسير لا بال له .

اللخمي : والقياس أن لا يجوز ؛ لأن الترك لموضع الشركة ، كما قالوا في الإقالة والشركة في الطعام أنها جائزة على وجه المعروف ، ولو قال : لا أقيلك إلا أن تقيلنى ولا أشاركك إلا أن تشاركني ، لم يجز ؛ لأنهما أخرجا ذلك عن وجه المعروف ، إلا أن يكونا عقدا الشركة على سكة واحدة ثم جاء أحدهما بأفضل .

محمد : وإن أخرج هذا عشرة دنانير قائمة ، والآخر عشرة تنقص حبتين ، واشتركا على ترك الفضل - لم يجز .

اللخمي : يريد لأن الترك للشركة .

وإن أخرج أحدهما مائة مسكوكة والآخر مائة تبراً ، وتساوى الذهبان - نظرت إلى فضل السكة ، فإن كان كثيراً لم تجز الشركة ، وإن كان يسيراً جازت إذا ألغيا ذلك الفضل على قول ابن القاسم .

تنبيه : وتقدم أن عبد الحق قاس التفاوت اليسير في النقدين على الطعامين ، وأن ابن رشد أبى ذلك ، وهو مما يدل على أن الطعام يمتنع فيه ما لا يمتنع في النقدين ، والله أعلم.

فِي جَوَازِ غَيْبَةِ أَحَدِ الْمَالَيْنِ : قَوْلانِ .

الجواز لمالك وابن القاسم في «المدونة» ، والمنع لسحنون .

ابن عبد السلام : وكأنه الأقرب ؛ لأن الشركة تستدعي صحة التصرف في المالين لكل من الشريكين ، وذلك منتف مع غيبة أحد المالين .

---

(١) « المدونة » (١٢/ ٦٥) .

وقال اللخمي : والمشهور أحسن ، وقيد المشهور بقيدين :

أحدهما : ألا يتجرا إلا بعد قبض المال الغائب .

ثانيهما : ألا تكون الغيبة بعيدة جداً .

فرع : وعلى المشهور ففي «المدونة» : إن أخرج أحدهما ألفاً ، والآخر ألفاً منها خمسمائة غائبة ، ثم خرج ربها ليأتي بها وخرج بجميع المال الحاضر معه فلم يجدها ، واشترى بجميع ما معه تجارة - فإن له ثلث الفضل .

ابن القاسم : ولا يرجع بأجر فضل العمل كشريكين طاع أحدهما بالعمل ، وقال سحنون : له أجر عمله فيما زاد .

وقال محمد : إن خدعه فله ربح ماله ، وإن لم يخدعه فله النصف ، ولا أجر له .

ابن يونس : وإنما يصح قول ابن المواز إذا اشترى بالمال الحاضر قبل علمه بضياع المال الغائب ؛ لأنه اشترى على أن ذلك بينهما نصفين ، وأما لو اشترى بعد علمه بضياع المال الغائب ، وإن كان لم يغر ، فكيف يجب أن تكون الشركة بينهما ، والشركة لم تقع بعد ؟ ألا ترى أن ضمان الدنانير الغائبة - ما لم تقبض - من ربها ، وأنه لو اشترى بها شيئاً لكان ضمانها من بائعها فكيف في الشركة ؟ وقاله التونسي ، قال : وظاهر الرواية أنه اشترى بعد علمه بذهاب المال ، وللخمي زيادة في هذه المسألة .

ولابُدَّ مِنْ خَلْطِ الْمَالَيْنِ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا أَوْ يَشْتَرِيَانِ بِهِمَا .

إن وقع الاختلاط بحيث لا يتميز أحد المالين من الآخر - فاتفق على أن الضمان منهما، وإن تميز ذلك ففي «المدونة»[1] : وإن صر هذا ذهبه في صرة ، والآخر في أخرى على حدة، وجعلا الصرتين في يد أحدهما أو في تابوته أو في خرجه فضاعت واحدة ، فالذاهبة بينهما ، وإن بقيت صرة كل منهما على يده - فضياعها منه حتى يخلطا أو يجعلا الصرتين عند أحدهما ، وكذلك إن كانا مختلفي السكة إلا أن الصرف واحد ، ولو تفاضل الصرف - فسدت الشركة ، وكانت الذاهبة من ربها ، وإن بقيت صرة كل بيد ربها حتى ابتاع أحدهما بها أمة على الشركة ، وتلفت الصرة الأخرى والمالان متفقان - فالأمة بينهما، والصرة من ربها .

---

(١) « المدونة » (١٠/ ٢١١) .

وقال غيره : لا تنعقد بينهما شركة حتى يخلطا ، أي : الخلط الحسي بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ، وهو قول سحنون .

المتيطي : ولم يختلف ابن القاسم وغيره أن الضائعة من ربها ، وقوله في «المدونة»[١] : والأمة بينهما .

ابن يونس : يريد بعد أن يدفع لشريكه نصف ثمنها .

وبما في «المدونة» يعلم أن الصواب هنا **(وَيَشْتَرِيَانِ)** بالواو ، لا ما في بعض النسخ **(أو يشتريان)** بـ(أو) ، لأن ذلك يقتضي أنهما لو اشتركا وبقيت صرة كل واحد بيده وذهبا ليشتريا - أن تصح شركتهما ، وقد نص في «المدونة» على خلافه ، لكن قال اللخمي : يحمل قوله في الضائعة قبل الشراء وقبل الجمع : إن مصيبتها من صاحبها دون شريكه ، على أنه بقي فيها وجه من التوفية وزناً أو انتقاداً ، ولو وزن كل واحد وقلبت ثم خليت عند صاحبها على وجه الشركة فضاعت لكانت مصيبتها منهما كالجارية ؛ لأن الخلط عنده ليس بشرط في الصحة ، ولو كان ذلك لكانت مصيبة الجارية - التي اشتريت بمال أحدهما قبل الجمع - من صاحبه دون شريكه ؛ يعني فإن لم يحمل على ما ذكر ، وإلا تعارض مع قوله : إن مصيبة الجارية منهما .

فَإِنْ شَرَطَا نَفْيَ الاسْتِبْدَادِ لَزِمَ وتُسَمَّى : شَرِكَةَ الْعِنَانِ .

الشركة ثلاثة أضرب : شركة أموال وشركة أبدان وشركة وجوه ، وسيأتي الكلام على الأخيرين ، وشركة الأموال تنقسم ثلاثة أقسام .

الأولى : **شركة مضاربة** : وهي القراض ، مأخوذة من الضرب في الأرض .

والثانية : **شركة مفاوضة** : وهي أن يجوز فعل كل واحد على صاحبه ويشتركان في جميع ما يستفيدان ، واتفق على جوازها ، ولا يفسدها عندنا وجود المال لأحدهما على حدة خلافاً لأبي حنيفة ، وسميت مفاوضة لتفويض كل واحد منهما المال لصاحبه ، وقيل: لاستوائهما في الربح والضمان ، من قولهم : تفاوض الرجلان في الحديث ، إذا شرعا فيه ، وقيل : المفاوضة المشاورة ، كأنهما تشاورا في جميع أمورهما .

الثالثة : **شركة العنان** : وفسرها المصنف وابن شاس[٢] بأن يشترط كل منهما نفي

---

(١) « المدونة » (١٠/٢١١) .

(٢) « الجواهر » (٢/٦٦٩) .

الاستبداد؛ أي لا يفعل أحدهما شيئاً حتى يشاركه الآخر ، وفسرها صاحب «المقدمات» وعياض بأنها الاشتراك في شيء خاص ، وحكى الاتفاق على جوازها ، ونحوه لابن عبد الحكم ، وقيل : هي الشركة في كل شيء من الأشياء بعينه .

وعلى أنها الشركة في شيء بعينه - قيل : المعنى في نوع خاص ، كنوع البز ، أو فرد خاص كثوب ، وحكى ابن عبد السلام في ذلك قولين ، فيتحصل في تفسيرها أربعة أقوال .

ويقال : (عنان) بالكسر ، وهو الأكثر لمن جعلها مشتقة من عنان الدابة ، و (عنان) بالفتح لمن جعلها من عن يعن إذا عرض ، أو من عنان السحاب لظهوره ، ثم أشار إلى شركة المفاوضة بقوله :

وإِنْ أَطْلَقَا التَّصرُّفَ فِي الْغَيْبَةِ والْحُضُورِ فِي الْبَيْعِ والشِّرَاءِ وغَيْرِهِ مِمَّا يَعُودُ عَلَى التِّجَارَةِ لَزِمَ....

هو ظاهر التصور ، قال في «المدونة»[1] : والمفاوضة على وجهين : إما في جميع الأشياء، وإما في نوع واحد من المتاجر - كشراء الرقيق - يتفاوضان فيه .

فَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَى نَسِيئَةً مَضَى .

يعني : لو باع أحد المتفاوضين أو اشترى بالنسيئة - مضى فعله ولزم ذلك شريكه .

ولما كان قوله : (**مَضَى**) لا يؤخذ منه الحكم ابتداء - صرح بجواز ذلك بقوله :

(**ولَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يُحْجَرْ**) أي : عليه شريكه ، بأن يقول : لا تبع بالنسيئة ، وما ذكره في البيع هو في «المدونة» والمشهور ، وفي «الموازية» : لا يجوز لأحدهما البيع بالدين إلا بإذن صاحبه ، رواه أصبغ عن ابن القاسم ، وأما ما ذكره في الشراء فنحوه في «الجواهر»، وفي كلامهما نظر ؛ لأنه خلاف المنصوص في المذهب ، ففي «المدونة»[2] : أكره أن يخرجا مالاً على أن يتجرا فيه وبالدين مفاوضة ، فإن فعلا فما اشترى به كل واحد منهما فبينهما، وإن جاوز رأس ماليهما ، والشراء بالدين راجع إلى شركة الذمم .

أصبغ : وإذا وقعت بالذمم فما اشترياه بينهما على ما عقدا ، وتفسخ الشركة من الآن.

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٦) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٧) .

أبو الحسن : والفسخ دليل على أن المراد بالكراهة المنع .

بعض القـــرويين : والأشبه - على قـول ابن القاسم - أن يكون لكل واحد منهـما ما اشترى ، وهكذا ذكر فضل أن سحنوناً طـرح قول ابن القاسم ، وقال : بل لكل واحد ما اشترى .

ووجه قول ابن القاسم أن المشترى بينهمـا - ما قاله حمديس أن ابن القاسم حمل ذلك على الوكالة ، وأين هذا كله من كلام ابن شاس والمصنف ، نعم أجاز اللخمي الشراء على أن ينقـد اليومين والـثلاثة ، قـال : وهو مما لابد للناس منه ، قـال : ولا يشـتري بثـمن مؤجل، فإن فعل بغـير إذن شريكه فالشريك بالخيار بين القـبول والرد ، فيكون الثمن على المشتـري خاصة ، وإن كـان بإذن في سلعة مـعينة جاز ذلك ، وإن لم يـعين لم يجز ذلك ابتداء ، فإن فعل فمـا اشتراه مشترك بينهما على المستـحسن من القولين في شركة الذمم ، وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على الشيء المعين لا غيره ، وإلا تناقض كلامه ، فإنه في غير المعين شركة الذمم ، وسيذكر المصنف أنها ممنوعة .

وتَبَرُّعُهُ لا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَكُنِ اسْتِئْلافاً لِلتِّجَارَةِ .

لأن التبرع خلاف ما عقدا عليه الشركة ، فلذلك لا يلزم إلا ما دلت عليه أو عاد بنفع ، قـال في «المدونة» (١): وإن أخر أحدهما غريماً بدين أو وضع لـه منه - نظراً ، أو استئلافاً للتجارة ليشتـري منه في المستقبل - جاز ذلك ، وكذلك الوكيل على البـيع إذا كان مفوضاً إليه ، وقيل : لا يجوز التأخير إرادة الاستئلاف ؛ لأنه من السلف بزيادة .

اللخمي : والأول أحسن .

وفي «المـدونة»(٢) : ليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة إلا أن يوسع له في ذلك شريكه ، أو يكون شيئاً خفيفـاً كعارية غلام ليسقي دابة ونحوه ، وأرجو ألا يكون به بأس.

والعارية مـن المعروف الذي لا يجوز لأحـدهما أن يفـعله إلا لإرادة الاستـئلاف ، ومما يجوز له - مما دلت عليه العادة لخفته - إعارة الماعون ، وإعطاؤه الكسرة ونحوها .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٨) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٨) .

ويُطَالَبُ كُلٌّ واحدٍ بتَوَابِعِ مُعَامَلَةِ الآخَرِ.

كما لو استحقت السلعة من يد المشتري .

ويَرُدُّ بعَيْبٍ وغَيْرِه .

قوله : (ويَرُدُّ) أي : ويرد أحد الشريكين المشترى بعيب اطلع عليه ، سواء اشتراه هو أو شريكه ، أما ما اشتراه هو فواضح ، وأما ما اشتراه شريكه فلأنه وكيل عنه .

وقوله : (وغَيْرِه) أي : من استحقاق جزء السلعة ، والرد بسبب فساد البيع ، وإمضاء بيع الخيار أو رده .

ويُرَدُّ عَلَيْه بالْعَيْبِ بالْبيِّنَةِ أَنَّهُ ابْتَاعَهُ عَلَى الْعُهْدَةِ مِنْ شَرَيكِه ، فَإِنْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ انْتُظِرَ

قوله : (ويُرَدُّ عَلَيْه) يعني : أن من اشترى سلعة من أحد المتفاوضين ثم اطلع على عيب وأراد ردها ، فإن كان البائع حاضراً فكلامه معــه ؛ لأن البائع أقعد بحال المبيع ، وإن كان غائباً قريب الغيبة - قال في «المدونة»[1] : كاليوم ونحوه - انتظر ، وترك المصنف التصريح بالكلام على الحاضر ؛ لأن ذلك يؤخــذ مما ذكره ؛ لأنه إذا انتظر قريب الغيــبة ليقع الكلام معه - فالحاضر أولى .

وإن كان بعيد الغيــبة ، قيل : كالعشرة أيام ، رد على شريكه الحــاضر إذا أقام المشتري بينة أنه اشتراه على بيع الإسلام وعهدته ، وله أخذ الثمن إن قالت البينة : إنه نقد الثمن ، وإنه كذا .

قيل : ويحتــاج إذا أراد أخذ الثمن إلى إثبات أمور : بينة الشــراء ، ونقد الثمن ، وأنه كذا ، وإثبات الــعيب ، وأنه غاب غيبــة بعيدة أو بحيث لا يــعلم أمد التبايع لاحــتمال أن يكون قديماً والعيب حادث وبالعكس .

ويحلف على ثلاثة أمور : أنه اشترى شراء صحيــحاً على عهدة الإسلام ، وأنه ما تبرأ إليه منه ، ولا أعلمه به ، وأنه لما اطلع عليه لم يرض بعد علمه .

قال في «المدونة»[2] : وإذا أقام المبتاع بينة أنه ابتاع على عهدة الإسلام - نظر في العيب

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٢١) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٠١) .

فإن كان قديماً لا يحدث مثله رد العبد على الشريك الآخر ، وإن كان يحدث مثله - فعلى المبتاع البينة أن العيب كان عند البائع ، وإلا حلف الشريك بالله ما يعلم أن هذا العيب كان عنده .

ابـن يـونـس : يريد كان ظاهراً أو خفـيا ؛ لأن غيره تولى البيع كـالوارث ، ولو حضر البائع - حلف على البت في الظاهر ، وعلى العلم في الخفي على قول ابن القاسم .

قال في «المدونة»(١) : وإن نكل الشريك الذي لم يبع - حلف المبـتاع على البت أنه ما حدث عنده ، ثم يرده عليه ، وفي «الموازية» : أن المبتاع إنما يحلف كما كان يحلف بائعه: في الظاهر على البت ، وفي الخفي على العلم .

اللخـمي : وإن لم تقم البينة للمشتري أنه ابتـاع على عهدة الإسلام - يعني في العيب القديم - وكـانت العادة البـيع على البراءة - لم يرد بهـذا العيب ، وإن اختـلفت العادة - حلف أنه اشترى على العهدة ، ورده إن كان العيب مشكوكاً في قدمه ، وكان اشتراء البائع لذلك العبـد وبيعه في غـيبة الحـاضر الآن ، أو في حضـوره وباعه في الحضـرة قبل علم الآخر- لم يكن على الحاضـر يمين ، وإن كان اشتراه بحضرته وغـاب عليه إذا كان هذا هو المتولي للشراء - أحـلف على ذلك العيب ، فإن حلف ثم قدم الغـائب حلف أيضاً ، فإن نكل حلف المشتري ورد جميعه ؛ لأنه لو كان حاضراً لحلفهما جميعاً ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر - حلف ورد جميـعه ؛ لأنه لو أقر أحدهما وأنكر الآخر - رد جمـيعه بإقرار المقر منهما ، وإن نكل الحاضر حلف المشـتري ، ثم لا يكون للغائب في ذلك مقال إلا أن يثبت أنه كان بين ذلك للمشتري ، فإن نكل المشتري عن اليمين - سقط مقاله في الرد الآن وبعـد أن يقدم الغـائب ؛ لأنه لو كـان حاضـراً ونكلا عن اليـمين ثم نكل المشـتري بعـد نكولهما- لم يكن له شيء ، انتهى .

ابن يـونس : ولو جاء الغائب فأقر أنه كـان عالماً لانبغى أن يرده ، ويلزم ذلك الشريك الحالف ، ولو أنكر الغائب لحلف .

فإن نكل فهل يرد عليه جميعها أو نصفها ليمين شريكه ؟

ابن يونس : والذي ظهر لي أن يرد عليه جميعها ؛ لأن نكوله كإقراره لأنه المعامل له ،

(١) « المدونة » (١٠/٢١٧) .

ولا يضره يمين الشريك الحاضر ؛ لأنه إنما حلف على أنه لم يعلم أن به عيباً ، وهو لم يعامله .

التونسي : انظر لو نكل الشريك الحاضر ، ولا علم عنده من العيب فحلف المبتاع وردها، ثم قدم البائع فقال : أنا أحلف وأنقض الرد على شريكي ، فيشبه أن يكون ذلك له ؛ لأن صاحبه إنما توقف عن اليمين إذ لا حقيقة عنده ، وقد يكون له ذلك في نصفه ، وأما نصف الناكل فقد نكل عن اليمين فيه ، فهل يمضي الرد فيه ؛ لأن من وكل على بيع عبد فاليمين في العيب إذا وجد على الموكل في الذمة ، لا على الوكيل ، ونصفه الذي يخص صاحبه إنما باعه بالوكالة ، وقد نكل عن اليمين ، فانظر هذا .

فَلَوْ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الافْتِرَاقِ بِذَلِكَ لَزِمَ الْمُقِرَّ حِصَّتُهُ .

هذا قول ابن القاسم .

ابن يونس : ومراده إذا لم يحلف المشهود له ، قال : وقال سحنون : يلزمهما ما أقر به أحدهما في أموالهما ، وظاهره أنه خلاف سحنون ولو مع الطول .

وفي اللخمي : إن أقر بعد طول الافتراق لم يقبل ، ويختلف إذا أقر بقرب ذلك وادعى أنه نسي ، فقد اختلف في العامل في القراض يدعي بعد المقاسمة أنه أنفق من القراض ، ونسي المحاسبة بها ، فقال في «المدونة»(1) : لا يقبل قوله ، وقال في «الموازية» : يحلف ويكون ذلك له ، والشريك مثله .

وفهم من قوله : (**بَعْدَ الافْتِرَاقِ**) أنه لو أقر قبله قبل ، وكذلك نص عليه في «المدونة» بشرط أن يقر لأجنبي لا يتهم عليه ، وأما المتهم عليه فلا .

قال في «المدونة» (2): وإن أقر بدين من شركتهما لأبويه أو ولده أو جده أو جدته أو زوجته أو صديقه أو من يتهم عليه - لم يجز ذلك على شريكه ، وخرج اللخمي قولاً بصحة الإقرار لمن يتهم عليه من أحد القولين في إقرار من تبين فلسه لمن يتهم عليه ، قال : والمفلس أبين في التهمة ؛ لأنه ينزع ماله ويبقى مفلساً لا شيء له ، فيعطي ماله لمثل هؤلاء ليعيده إليه فيعيش به ، وليس للتفرقة بأن هذا يبقى في ذمته ديناً وجه .

---

(١) « المدونة » (١٣/٢٤٨) .

(٢) « المدونة » (١٣/٢٤٨) .

فرع : واختلف إذا أقر أحـدهما بعد موت الآخر ، فجـعله ابن القاسم في «المدونة» شاهداً ، ولم يقـبل قوله ، وقال : إذا قـال الحي : رهنا متـاع الشركة عند فـلان ، وقال الورثة : بل أودعتـها أنت إياه بعد مـوت ولينا ، فهو شـاهد ، وللمرتهن أن يحلف مـعه ويستحق ، وقال سحنون : القول قول الشريك ، ويلزم الورثة ما أقر به .

اللخـــمي : وهو أصوب ، وليس الموت كالافـتراق ؛ لأن الافتراق يكون عن محـاسبة ومفاصلة وقطع الدعاوى ، والموت أمر طرأ قبل ذلك .

وَلَوْ أَقَـامَ الْحَيُّ مِنْهُـمَـا بَيِّنَةً أَنَّ مائَـةً منَ الْمَالِ كَـانَتْ بيَـد الْمَـيِّت فَلَمْ تُوجَـدْ ولا عُلِمَ مُسْقطُهَا ، فَـإِنْ قَرُبَ مَوْتُهُ مِنْ قَبْضِهَـا بِحَيْثُ لا يُظَنُّ بِهِ إِشْغَالُهَا فِي الْمَالِ فَـهِيَ فِي حِصَّتِهِ ، وإلاَ فَلا ....

أي : الميت .

وقوله : **(وإلا فَـلا)** أي : فلا يلزمه شيء ؛ لأن الغالـب أنه أدخله في مال التجارة ، وهذه المسألة تدل على أن الغالب مقدم على الأصل ، وهي كالتي بعدها ، أي قوله :

ولَوْ أَقَرَّ الشَّـرِيكُ أَنَّ بيده مائَةً مِنَ الْـمَالَ فَفَرَّقَ ابْنُ الْـقَاسِمِ بَيْنَ طُولِ الْمُدَّةِ وقِـصَرِهَا ، وأَمَّا لَوْ شَهِدَ أَنَّهُ أَخَذَهَا لَمْ يَبْرَأْ إِلا بِالإِشْهَادِ أَنَّهُ رَدَّهَا ....

قوله : **(أَقَـرَّ)** ظاهره والآخر حي ، والذي في «المدونة»[1] : وإن مات أحد الشركاء فأقام صاحبه بينة أن مائة دينار من الشـركة كانت عند الميت فلم توجد ولا علم مسقطها ، فإن كان موته قريبـاً من أخذها فيما يظن أنه لم يشغلها في تجارة - فـهي في حصته ، وما تطاول وقته لم يلزمه ، أرأيت لو قـالت البينة : قبضها منذ سنة ، وهمـا يتجران أيلزمه أو لا شيء عليه ؟ انتهى .

وقـوله : **(أمَّـا... إلخ)** هذا ذكره ابن المواز مقيداً «للـمدونة» ، وحاصله أن كلامه في «المدونة» مقيد بما إذا لم يشهدوا ، وأما إذا أشهد على نفسه بأخذ المائة فلا يبرأ إلا بالإشهاد أنه ردها ، طال ذلك أو قصـر ، والظاهر أن مراد محمـد بقوله : (أشهـد) أن تكون البينة قصد بهـا التوثق كما قالـوا في البينة التي لا يقبل دعوى المودع الرد مـعها ، وهو أن يأتي بشهود يشـهدهم على دفع الوديعة للمودع ، وأمـا لو دفع بحضرة قوم ولم يقـصد التوثق بشهادتهم - فـلا ، ولأنه الذي يفهم من قول محمـد ، وأما إن كان إقراره من غيـر قصد إشهاد - فكما ذكر ابن القاسم .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٤٨) .

فرع : كتب شجرة إلى سحنون فيمن دفع عن أخيه - وهما مشتركان مفاوضة - صداق امرأته ، ولم يذكر من ماله ولا من مال أخيه ، فمات الدافع ، فقام ورثته ، فكتب إليه : إن دفع وهما متفاوضان ، ثم أقام سنين كثيرة ولا يطلب أخاه ، فهذا ضعيف ، وإن كان بحضرة ذلك - فذلك بينهما شطران ، ويحاسب به .

والرِّبْحُ عَلَى الْمَالِ ، والْعَمَلُ عَلَى نِسْبَتِهِ .

يعني : يشترط أن يكون الربح والعمل على نسبة المال ، فإذا كان لأحدهما الثلث - كان له من الربح الثلث ، ولا يجوز أن يزاد أو ينقص ، وكذلك العمل .

وإِنْ وَقَعَتْ عَلَى تَفَاضُلِ الرِّبْحِ أَوِ الْعَمَلِ فَسَدَتْ ولَزِمَ التَّرَادُّ فِي الرِّبْحِ ، وفِي الْعَمَلِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ فِي نِصْفِ الزِّيَادَةِ ....

قوله : (**فَسَدَتْ**) أي : الشركة .

(**ولَزِمَ التَّرَادُّ**) أي : التراجع ، فإذا دفع هذا ألفاً وهذا ألفين ، ودخلا على أن الربح والعمل متساويان ، فإن اطلع على ذلك قبل العمل فسخ ، وإلا رجع صاحب الألفين بفاضل الربح فيأخذ ثلثي الربح ، ويرجع صاحب الألف على صاحب الألفين بفاضل عمله ، فيأخذ سدس أجرة المجموع ، وهذا معنى قوله : (**نِصْفِ الزِّيَادَةِ**) ؛ لأن الذي يزيد به صاحب الثلثين الثلث .

ابن عبد السلام : وقيل : لا أجر لصاحب الثلث في الزيادة ، واختار اللخمي التفصيل : إن خسر فلا شيء له ، وإن ربح فله الأقل من أجرة المثل وما ينوب ذلك من الربح .

وأَمَّا لَوْ تبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ .

يعني : أن زيادة أحدهما على الآخر في الربح أو العمل إنما تفسد إذا وقع اشتراط ذلك في عقدة الشركة ، وأما لو تبرع أحدهما للآخر بعده فلا محذور ؛ لأنه محض هبة لا ترد لأجل الشركة .

خليل : وانظر هذا مع قولهم : إنه إذا باعه بمال ثم قال له : أخذت ذلك مني رخيصاً ، فزاده - أن الزيادة تلحق بالثمن ، أي : فيلزمه ردها إذا رد عليه المبيع بعيب ، ولأن لنا مسائل يعد فيها اللاحق للعقد كأنه واقع فيه .

وكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَفَهُ أَوْ وَهَبَهُ .

أي : في منع ذلك إن وقع في العقد وجوازه إن وقـع بعده ، وانظر كيف عدى المصنف (**وَهَبَ**) بنفسه ، والمستعمل في كلام العرب إنما هو تعديته باللام ؛ كقوله تعالى : ﴿**لِأَهَبَ لَكِ**﴾ [مريم:١٩] ، وقوله : ﴿ **هَبْ لِي** ﴾ [آل عمران:٣٨] إلى غير ذلك .

والْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي التَّلَفَ والْخُسْرَانَ ومَا يَشْتَرِيه لِنَفْسِه .

لأن يد كل واحد منهمـا يد أمانة ، فلذلك كان القول قوله في التلف والخسران ، قال في «الجـواهر» (١): ما لم يظهر كذبه ، وإن اتهم استحلف ، وإن قال : ابتعت منه سلعة وهلكت صدق ، وينبغي أن يقيد قوله بعدم المعارض .

وقد نقل الباجي(٢) عن بعض أصحابنا في العامل في القراض يدعي الخسارة ولم يبين وجهها - أنه يضمن .

وقـــوله : (**ومَا يَشْـتَرِيه لِنَفْـسه**) مأكولاً وملبـوساً إذا كان يشبه ذلك حاله فـيما يأكله ويكتسيه ، وهذا إنما هو في الأكل والكسوة .

ابن القاسم : وذلك بخلاف شرائه لنفسه شيئاً من العروض والرقيق ، هذا له أن يدخل معه فيه .

قال في «الجـواهر»(٣) : وإن قال : هذا المال من مال الشركة ، وخلص لي بالقسمة ، فالقول قول شريكه ؛ لأن الأصل عدم القسمة .

ونَفَقَـتهمَا وكِـسْوَتُهُمَـا بالْمَعْرُوف مُلْغَـاةٌ في بَلَد كَانَا أَوْ في بَلَدَيْن ، والسِّعْـرُ واحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ ، وقِيلَ : إِنَّمَا تُلْغَى فِي غَيْرِ أَوْطَانِهِمَا ، كَانَا بِعِيَالٍ أَوْ بِغَيْرِ عِيَالٍ .

أي : نفقة الشريكين المتفاوضين ، **والأول** هو مذهب «المدونة» ، و (**المعـروف**) ما لا سرف فيها .

وقوله : (**كَانَا بِعِيَالٍ أَوْ بِغَـيْرِ عِيَالٍ**) من تمامه لإتمام القول الثاني ، ومعناه أن النفقة إنما

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٧٩) .
(٢) « المنتقى » (٧/ ١١٧) .
(٣) « الجواهر » (٢/ ٧٧٩) .

تلغى إذا كانا معا بعيال أو كانا معاً بغير عيال ، وهذا إنما هو في شركة المفاوضة ، وبقي عليه شرطان :

الأول : أن تكون الشركة بينهما على النصف ، وإن كان لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث- لم ينفق صاحب الثلث من المال إلا بقدر جزئه ، ولم يجز أن ينفق بقدر عياله فيحاسب بذلك في المستقبل ؛ لأنه يأخذ من المال أكثر مما يأخذه صاحبه .

الثاني : أن تكون العيال متساوية أو متقاربة ، قاله ابن القاسم في رواية سليمان ، واكتفى المصنف عن هذا الشرط اعتماداً على ما يقوله بعد .

فإن كان لأحدهما عيال دون الآخر حسب كل واحد نفقته ، فإنه لا فرق بينهما .

وقوله : **(وكِسْوَتُهُمَا)** لأنها تبع للنفقة ، ولهذا وقع في «وصايا ابن شعبان» فيمن أوصى لرجل بنفقته - أن له الكسوة .

وقوله : **(والسِّعْرُ واحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ)** نحوه في «المدونة»[1] ، ولعل الموجب لذلك العادة وصعوبة ضبط مقدار النفقة كل يوم .

وقوله : **(وقِيلَ)** نحوه في «الجواهر» .

ابن عبد السلام : ولا أذكر قائله في المذهب ، ووجهه إن ثبت القياس على نفقة العامل في القراض ، ويلزم على هذا ألا تجب لهم الكسوة إلا في المال الكثير كالقراض .

ابن يونس : وينبغي إذا كان لكل واحد عيال واختلفت أسعار البلدين اختلافاً بيناً أن يحسب النفقة ؛ إذ نفقة العيال ليست من التجارة ، وقال اللخمي : ظاهر المذهب أنه لا التفات إلى اختلاف السعرين ، والقياس - إذا كان البلدان قراراً لهما -: أن يحاسب من كان في البلد الغالي بما بين السعرين ، فإن لم يكن واحد منهما في قراره لم يحاسب بما بين السعرين ، وإن كان أحدهما ببلده - وهو أغلى - حوسب ، وإن كان الذي بغير بلده أغلى لم يحاسب .

وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان الشريكان متقاربين في النفقة والكسوة ، وأما إن كان أحدهما يقنع بالحرش من الطعام والغليظ من الثياب فيحسب كل واحد نفقته ، قاله ابن عبد السلام .

---

(١) « المدونة » (١٣/ ٢٤٩) .

فَإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عِيَالٌ دُونَ الآخَرِ حَسَبَ كُلٌّ وَاحِدٍ نَفَقَتَهُ .

تصوره ظاهر .

وَيَنْقَطِعُ التَّصَرُّفُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا .

لأن المال بعد الموت للورثة ، وهذا ظاهر إن علم الحي بموت شريكه ، وأما إن لم يعلم فينبغي أن يجرى ذلك على الخلاف إذا مات الموكل ، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ حُمِلَ عَلَى النِّصْفِ .

ابن عبد السلام : هذا قول أشهب في «الموازية» بشرط أن يحلف ؛ لأنه الغالب ولأنهما تساويا في الحيازة واليمين .

وقال ابن القاسم في «الموازية» أيضاً : إذا قال أحدهما : لك الثلث ولي الثلثان ، وقال الآخر : المال بيننا نصفين ، وليس المال بيد أحـدهما - فللمدعي الثلثين النصف ، ولمدعي النصف الثلث ، ويقسم السدس بينهما نصفين ، وفي قول أشهب نظر ؛ لأن حلف مدعي الثلثين وأخذه النصف لا تحتمله الأصول .

وَفِي شَيْءٍ بِيَدِ أَحَدِهِمَا فَهُوَ لِلشَّرِكَةِ .

يعـني : إذا تنازعا في شيء بيد أحدهما ، هل هو من مال الشركة أم لا ؟ فهو للشركة وهذه مسـألة «المدونة» لكنها مفروضـة فيها في قـيام البينة بالمفاوضـة لا في الإقرار ، لكن الظاهر أنه لا فرق بين البينة والإقرار ، ونص فيها على أن القول لمدعي الدخول إلا أن تقوم البينة للآخر .

بعض القـرويين : وكذلك يجب إذا قام أحـدهما البينة أن الآخر شريكه في جـميع ما بأيديهـما إلا ما قـامت البينة أن ذلك لأحـدهما كـالمفاوضـة ، ولا فرق بين اسم الشـركة والمفاوضـة ، إلا أن المفاوضـة فيـها إجـازة بيع كل واحدٍ منهـما على صـاحبـه ، ونحوه لسحنون، وظاهره أن الشهادة بمطلق الشركة مقتضية لذلك .

اللخـــمي : إن أقام رجل البـينة على رجل أنه شريكه - لم يقض بالشركة فـي جميع أملاكهمـا ؛ لأن ذلك يقع على بعض المال وعلى جميعه ، وفي كـتاب ابن سحنون : من أقر أنه شريك فلان في القليل والكثير - كانا كالمتفاوضين في كل ما بأيديهما من التجارة ، ولا يدخل في ذلك مسكن ولا خادم ولا طعام ، فـإن قال أحدهما : هذا المال الذي بيدي

ليس من الشركة ، وإنما أصبته من ميراث أو جائزة أو بضاعة لرجل أو وديعة - صدق مع يمينه ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه من الشركة ، وأنه كان في يديه يوم أقر بالشركة - كان بينهما ؛ لأن العين من التجارة ، ولو كان بيده متاع من متاع التجارة وقال : ليس هو منها ولم يزل في يدى قبل الشركة ، كان بينهما ولم يصدق ، وقال :إن قال فلان شريكي ، ولم يزد، ثم قال : إنما عنيت في هذه الدار أو الخادم ، صدق مع يمينه .

وإن قال في حانوت في يده : فلان شريكي فيما فيه ، ثم أدخل فيه عدلين وقال : ليس هما من الشركة .

وقال الآخر : قد كانا في الحانوت يوم إقراره ، كان القول قوله ، أنهما كانا فيه ، إلا أن يقيم الآخر بينة ، وقال سحنون أيضاً وأشهب : لا يكون بينهما ، ويصدق من قال: إنه أدخله بعد الإقرار ؛ لأن ما في الحانوت غير معلوم ، انتهى .

واختلف إذا شهد الشهود بالمفاوضة : هل يكتفى بذلك - وإليه ذهب ابن سهل - أو لابد أن يقول الشهود : أقر عندنا بالمفاوضة ، أو أشهد بها ، وإليه ذهب ابن العطار وابن دحون وابن الشقاق ؟ والأول أظهر إذا كان الشهود عالمين بما يشهدون به .

فرع : وإن قالت البينة : نعلم أنه ورثه ولا نعلم هل قبل المفاوضة أو بعدها ، فذلك له، ولا يدخل في المفاوضة ؛ لأن الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها ، فلا ينتقل إلا بيقين .

وَلَو اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ جَارِيَةً لِنَفْسِهِ خُيِّرَ الآخَرُ فِي رَدِّهَا شَرِكَةً كَالْمُقَارِضِ لا كَالْمُودِعِ

أي : ولو اشترى أحد الشريكين من المال جارية لنفسه للوطء أو للخدمة ، قال في «المدونة»(١) : وأشهد على ذلك .

ابن يونس : يريد : ولم يطأها ، خير شريكه بين أن يجيز له ذلك أو يردها في الشركة.

قال في «المدونة» (٢): وليس من فعل ذلك من المتفاوضين كغاصب الثمن أو متعد في وديعة اشترى بها سلعة ، أو مقارض أو وكيل تعدى ، فرب المال مخير فيما اشترى : إن شاء أخذه أو تركه ؛ لأن هؤلاء أذن لهم في تحريك المال ، ولكل متعد سنة يحمل عليها .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢١٧) .

وَلَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ الشَّـرِكَةِ فَلِلآخَرِ تَقْوِيمُهَا أَوْ إِبْقَـاؤُهَا ، وَقِيلَ : تَتَعَيَّنُ مُـقَاوَمَتُهُـمَا لَهَا ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : تَتَعَيَّنُ إِنْ كَانَ فِي شَرِكَةِ مُفَاوَضَةٍ ، أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِه تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ ....

لشراء الجارية ثلاثة أوجه :

الأول : أن يشتريها لنفسه ، وهو الوجه المتقدم .

الثاني : أن يشتريها للوطء بإذن شريكه ، فلا شك أن شريكه أسلفه نصف ثمنها ، وأن ربحها له وعليه نقصها .

الثـالث : أن يشتريها للتجارة ثم يطؤها ، فـإن وطئها بإذن شريكه فكالأمة المحللة وإليه أشار بقوله آخراً : (**أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِه تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ**) وإن لم يأذن ولم تحمل ، فذكر المصنف ثلاثة أقوال ، وتصورها من كلامه ظاهر .

الأول : أن الشريك بالخيار إن شاء قومها وإن شـاء أبقاها على الشركة ، وهو قول غير ابن القاسم في «المدونة» ، لـكن في نقله نظر ؛ لأن مقتـضى «المدونة» إنما هو التخيـير في إبقائها على الشركة أو إمضائها بالثمن لا بالقيمة .

والقول الثاني : أنهما يتقاويانها خاصة ؛ أي : يتزايدان فيها إلى أن تقف على أحدهما، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» .

ابن القـــاسم : متممـاً له : وإن شاء الشريك نقدها لشريكه الذي وطئـها بالثمن الذي اشتراها به ، فـإن لم ينقدها بالثمن الذي اشتراها به وقـال : لا أقاويها ، ولكن أردها في الشركة ، لم يكن له ذلك ، وعلى هذا يقيـد كلام المصنف بما إذا لم يرد الشريك إمضاءها بالثمن ، ويحتـمل أن يريد بالقول الثاني ما نقله ابن يونس وغـيره عن ابن المواز أن المقاواة إنما تكون بين الشريكين في هذه الأمـة إذا أراد المقاواة قبل الوطء ، فأمـا إذا وطئ أحدهما فقد لزمته القيمة إن شاء شريكه ، وأمـا إن حملت فلابد من القيمة في يسر ، شاء شريكه أو أبي ، ولم أقف على القول الثالث .

واختار اللخمي التفـرقة بين أن يكون الشريك فعل ذلك جهلاً معتقـداً للجواز - فيجوز بقاؤها على الشركة وتحت أيديهما ، وبين أن يكون وطؤه لها وهو عالم بتحريم فعله - فلا يجوز إبقـاؤها على الشركـة إلا أن تكون بيد الشريك الآخـر ، بشرط أن يكون مـأموناً ، واحتج بما قاله ابن القاسم في كتاب المدنيين فيمن وطئ أخته من الرضاع بملك اليمين : أنها

تباع عليه إن كان عالماً ، وإن ظن جواز ذلك ولم يتهم على العودة لم تبع ، وتعقب التونسي قول ابن المواز المتقدم : (إنما تكون المقاواة في هذه الأمة . . . إلخ) فقال : وقوله : (إنما تكون المقاواة قبل الوطء) صواب .

وقوله : (إذا وطئ فقد لزمته القيمة إن شاء شريكه) إن كان مراده أن الشريك قد أذن له في الوطء - فتجب القيمة من غير توقف على مشيئة الشريك الآخر ، كالأمة المحللة ، وإن كان بغير إذنه فهو متعد إن شاء صاحبه أمضاها وإن شاء قاواه فيها .

واعلم أن الأمة المشتراة للتجارة ثم يطؤها على ضربين :

أحدهما : أن يشتريها للتجارة من غير قصد وطء ، ثم يطؤها .

والثاني : أن يشتريها ليطأها على أن الخسارة والربح فيها على المال ، وهذه الثانية هي التي ذكر فيها في «المدونة» الخلاف ، وأما الأولى فيخير شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما إن لم تحمل ، هكذا قاله جماعة من علمائنا رضي الله عنهم .

وفي قوله : (**أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِه تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ**) الإتيان بجواب أما من غير فاء ، وهو لا يكون إلا نادراً ، كقوله ﷺ : « **أما بعد : ما بال رجال** »(١) وقد كثر هذا في كلام المصنف فتتبعه .

فَلَوْ حَمَلَتْ قُوِّمَتْ .

يعني : أن ما تقدم إنما هو إذا وطئت ولم تحمل ، وأما إن حملت فإنها تقوم ، وهذا صحيح إن كان الشراء للوطء بإذن الشريك ، أو اشتريت للتجارة خاصة ووطئها أحدهما بإذن الآخر ، وأما إن وطئها بغير إذن فيفصل فيها - على ما علم من المشهور - بين أن يكون الواطئ مليئاً أو معدماً .

وَلَوِ اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ مُؤْنَةً أَوْ كِسْوَةً مُعْتَادَةً لِنَفْسِهِ فَهِيَ لَهُ إِذْ عَلَى ذَلِكَ دَخَلا بِخِلافِ نَفِيسِهِمَا ....

يعني : لو اشترى أحد المتفاوضين من المال مؤنة أو كسوة له أو لعياله مما يليق به ، وهو مراده بقوله : (**مُعْتَادَةً**) فذلك له ، ولا كلام لشريكه فيه ؛ لأن كلا منهما دخل على

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٠) ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

ذلك ، قـال في «المدونة»[1] بعد أن ذكر كسوة العيال : تلغى إلا كـسوة لا يبتذلها العيال كوشي ونحوه ، فهذا لا يلغى .

ابن المواز : ولا يلزم ذلك إلا من اشتراه ، وقال سحنون : تكون الثياب بينهما .

ابن يونس : يريد إن شاء ذلك شريكه لرجاء فضل الثياب أو غير ذلك .

قوله : (نَفِيسِهِمَا) أي : أجودهما .

وشَرْطُ شَرِكَةِ الْعَمَلِ الاتِّحَادُ فِيهِ وفِي الْمَكَانِ .

لما انقـضى كلامـه على شركـة الأموال أتبـعه بشـركة الأبدان ، ولا خـلاف عندنا في جوازها .

ولجوازها شروط :

أولهـا : أن يتحد العمل ، فلا يجوز أن يشترك مـختلفا الصنعة كصباغ ونجار ؛ لما في ذلك من الغرر ؛ إذ قـد تنفق صنعة أحدهما دون الآخـر ، فيأخذ من لم تنفق صنـعته من غير عمل ، أبو عبد الله الذكي : ولو كان المعلمان أحـدهما قارئ والآخر حاسب واشتركا على أن يقتسما على قدر عمليهما فيـجري ذلك مجرى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ، وعلى هذا تجوز الشركة بين مختلفي الصنعة إذا كانت الصنعتان متلازمتين ، ونص اللخمي على الجواز فـيما إذا تشـاركا وأحدهمـا يحيك والآخر يـخدم ويتولى مـا سوى النسج إذا تقاربت قيـمة ذلك ، قال : وليس ذلك كالصنعـتين المختلفتين ؛ لأنهما هنا إمـا أن يعملا جميعـاً أو يعطلا جميعاً ، ولم يكن هذا غرراً ، وعلى مثل هذا أجـيزت الشركة في طلب اللؤلؤ ، أحدهما يطلب الغوص والآخر يقذف أو يمسك عليه إذا كانت الأجرة سواء .

ثانيـها : أن يتحد المكان ، والعلة فيه كـالأولى ؛ لأنه يحتمل أن ينفق أحد المكانين دون الآخر ، وأجاز في «العتبية» كونهما في مكانين إذا اتحدت الصنعة .

عـيـاض : وتأوله شيوخنا على أنهـما يتعاونان في الموضعين ، وأن نفاق صنعـتهما في الموضعين سواء ، وعلى هذا فيكون الخلاف وفاقاً «للمدونة» ؛ إذ ليس المقصود الجلوس في موضع إلا لتقارب استـوائهما ، وحمل اللخمي «العتبـية» على الخلاف ، وهذان الشرطان هما اللذان ذكرهما المصنف .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٢١٦) .

والثالث : أن يتساويا في الصنعة أو يتقاربا ، وإلا فلا تجوز الشركة إلا على قدر التقارب، كما لو كان أحدهما يعمل قدر الآخر مرتين ، ويكون بينهما على الثلثين والثلث .

اللخمي : ولو تباينا في الجودة والرداءة وكان أكثر ما يصنعانه الأدنى - جازت شركتهما؛ لأن صاحب الأعلى يعمل الأدنى ، ولا حكم للقليل ، وإن كان الأكثر هو الأعلى أو كان كل واحد كثيراً - لم يجز ؛ لأنه غرر وتفاضل .

الشرط الرابع : أن يكون في اشتراكهما تعاون ؛ ففي العتبية سئل عن صيادين معهم شباك ، فقال بعضهم لبعض : تعالوا نشترك فما أصبنا فهو بيننا ، فضرب أحدهم شبكة فأخرج صيداً وأبى أن يعطي الآخرين ، فقال : ذلك له ، وليس لهما فيما أصاب شيءٌ ؛ لأنها شركة لا تحل .

قال في «البيان»(١) : لأن شركة الأبدان لا تجوز إلا فيما يحتاج الاشتراك فيه إلى التعاون ؛ لأنهم متى اشتركوا على أن يعمل كل واحد منهم على حدة - من الغرر البين .

الخامس : أن تكون قسمتهما على قدر عملهما .

فَإِنْ كَانَتِ الأَدَاةُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأُجْرَةُ ، وَيَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا .

يعني : أن ما قدمه إنما هو في الصنعة التي لا آلة لها ، أو لها آلة ولكن لا قدر لها كالخياطة ، وأما إذا كانت تحتاج إلى آلة كالصباغة والنجارة والصيد بالجوارح ، فيزاد اشتراط أن يشتركا في الآلة بالملك أو الإجارة من غيرهما ، وهل يجوز أن يؤاجر أحدهما نصف الآلة من صاحبه ؟ عياض وغيره : وهو ظاهر الكتاب .

ابن عبد السلام : وهو المشهور ، وعليه اقتصر المصنف ، وهو معنى قوله : **(فَإِنْ كَانَتِ الأَدَاةُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأُجْرَةُ)** ولابن القاسم وغيره المنع إلا بالتساوي في الملك والكراء من غيرهما .

واختلف إذا أخرج كل واحد منهما آلة مساوية لآلة الآخر ، هل يكتفى بذلك وهو قول سحنون ، أو لابد أن يشتركا في الآلة ليضمناها ، لكن إن وقع مضى ، وهو ظاهر «المدونة»؟ واختلف في تأويلها على ذلك .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٢) .

وقوله : (**وَيَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافه مِنْهَا**) ، قال في «المدونة»[(١)] : كقصرية ومدقة يتطوع بها أحد القصارين على الآخر ، والأداة هي الآلة ، وهي الواسطة بين الفاعل والمنفعل .

ولا تَصِحُّ شَرِكَةُ الْوُجُوه ، وفُسِّرَتْ بأَنْ يَبِيعَ الْوَجِيهُ مَالَ الْخَامِلِ بِبَعْضِ رِبْحه ، وقِيلَ : هِيَ شَرِكَةُ الذِّمَمِ - يَشْتَرِيَانِ وَيَبِيعَانِ والرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ مَالٍ ، وكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ ، وتُفْسَخُ

يعني : أن شركة الوجوه اتفق على منعها ، واختلف في تفسيرها ، والتفسير الأول نسبه في «الجواهر»[(٢)] لبعض العلماء ، والثاني لعبد الوهاب ، وفسدت في تفسير الأول لما في ذلك من الإجارة المجـهولة والتدليس على الغـير ؛ وذلك لأن كثـيراً من الناس يرغب في الشراء من أملياء السوق لاعـتقادهم أن الأملياء إنما يتجرون في جـيد السلع ، وأن فقراءهم على العكس ، فإذا دفع الفقير سلعته للوجيه بجزء من الربح - كان إجارة بشيء مجهول ، وأما التدليس فهو إيهام المشتري .

ابن عبد السلام : وقد كره جماعة من أهل المذهب خلط البلدي من السلع بالمجلوب ، وإن كانت صفتهما واحدة ، وكذلك مـنع أهل المذهب أيضاً خلط سلعة من غير التركة بها ، ومنعوا أن يخرج التـاجر من أهل السوق سلعة من حانوته فـيبيعهـا على أنها ليست من سلع تجار السوق .

وفسدت في التفسيـر الثاني ؛ لأن ذلك من باب : تحمل عني وأتحمل عنك ، وأسلفني وأسلفك ، فيكون من باب الضمان بجعل ، والسلف بزيادة .

وقوله : (**يَشْتَرِيَانِ وَيَبِيعَانِ**) يشترط ألا يكون ذلك في معين ، وأما الاشتراك في سلعة معينة فهو جائز كما تقدم .

وقوله : (**وكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ ، وتُفْسَخُ**) ظاهر ، وهو كالتأكيد لقوله : (**ولا تَصِحُّ**) .

ومَا اشْتَرَيَاهُ فَبَيْنَهُمَا عَلَى الأَشْهَرِ .

يعني : وما اشترياه أو أحدهما في شركة الذمم - فهو بينهما على الأشهر ، يريد : قبل أن يعثـر على ذلك ، وقيل : بل من اشـترى شيـئاً فهـو له ، والأشهـر لابن القاسم في «المدونة» ، وبه قال أصبـغ وغيره ، ومقابله لسـحنون ، والأشهر أظهر ؛ لأن كـلا منهما

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٢٠٦) .

(٢) « الجواهر » (٢/٧٧٩) .

وكيل عن صاحبه ، لكن بعوض فاسد ، وفساد العوض في الوكالة لا يوجب للوكيل ملك ما اشتراه باتفاق ، وقاله اللخمي .

وَأَمَّا اشْتَرِ هَذِه السِّلْعَةَ لِي ولَكَ فَوَكَالَةٌ مَقْصُورَةٌ وإِنْ حَصَلَتْ الشرِكَةُ كَمَا لَوِ اشْتَرَى مِنْهُ جُزْءَهَا أَوْ وَرِثَاهَا ....

قوله : (**فَوَكَالَةٌ مَقْصُورَةٌ**) أي : فلا يكون له البيع إلا بإذنه ، كما لو اشترى منه جزء سلعة أو ورثها عن أب أو غيره ، وهو ظاهر .

وانظر كيف أولى المصنف (**أَمَّا**) فعلاً ، وإنما يليها اسم أو حرف ، ولعله على إضمار اسم ، تقديره : (وأما قوله : اشتر) .

فرع : فلو قال : اشتر لي ولك بشرط أن تنقد عني ، لكانت شركة مستلزمة للسلف ، لكن لمالك في «الموطأ» (١)- في الرجل يقول لآخر : اشتر هذه السلعة بيني وبينك ، وانقد عني وأنا أبيعها لك - : إن ذلك لا يصح حين قال : انقد عني وأنا أبيعها لك ، وإنما ذلك سلف يسلفه إياه على أن يبيعها له .

وظاهره أنه لولا قوله : أبيعها لك ، لجازت المسألة ؛ لأنه معروف صنعه أحدهما مع صاحبه من غير عوض ، وهو سلفه له الثمن مع تولي الشراء عنه ، وإنما دخل الفساد لمقابلة البيع بالسلف .

وإذا وقعت مسألة مثل هذه فقال الباجي(٢) : تكون السلعة بينهما ، وليس له بيع حظ المسلف من السلعة إلا أن يستأجره بعد ذلك استئجاراً صحيحاً وعليه ما أسلفه نقداً ، وإن كان قد باع فله جعل مثله في نصيب المسلف ، ولو ظهر عليه قبل النقد لأمسك المسلف ولم ينقد ، وهما في السلعة شريكان يبيع كل واحد منهما نصيبه إن شاء أو يستأجر عليه إن كان السلف من جانب متولي الشراء ، وأما إذا كان السلف من جانب من لم يتوله ، فقال ابن عبد الحكم : اختلف قول مالك في الذي يسلف رجلاً سلفاً ليشاركه وذلك منه على وجه الرفق والمعروف ، قال ابن القاسم : فأجازه مالك مرة وكرهه مرة ، واختار ابن القاسم جوازه .

---

(١) « الموطأ » (٢/ ٦٧٦) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ١٢٣) .

وإن كان سلفه لبصيرته في التجارة وتشاركا على ذلك- لم يجز ؛ لأنه سلف جر نفعاً.

قال في «البيان»[١] : ولا خلاف في الجواز إذا صحت النية في ذلك ، ولا في عدمه إذا قصد منفعة نفسه ، وإنما الخلاف إذا لم يقصد .

وكَمَا لَو اشْتَرَى سلْعَةً فِي سُوقِهَا للْبَيْعِ لا للْقنْيَة ولا لِسفَرٍ ، وغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا حَاضِرٌ لَمْ يَتَكَلَّمْ فإِنَّهُ يُجْبَرُ لَهُ إِنْ شَاءَ مَا لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهَا لَهُ خَاصَّةً ....

هذه المسألة تلقب بشـركة الجبر ، واتفق مـالك وأصحابه على القول بهـا ، وقضى بها عمر رضي الله عنه .

وقـوله : (**سلْعَـةً**) ظاهره سواء كانت طعاماً أو غيـره ، وهو قول ابن القاسم وغيره ، ورأى أشهب أن ذلك في الطعام فقط .

وظاهر قوله : (**فِي سُوقِـهَا**) أنه لو اشتراها في الأزقة لا يكون الحكم كذلك ، وهو قول أصبغ وغيره ، وقال ابن حبيب : لا فرق بين السوق والزقاق .

وقال في «البيان»[٢] : وأما ما ابتاعه الرجل في داره أو حانوته فلا شركة لأحد معه فيه ممن حضر الشراء باتفاق .

وقوله : (**للْبَيْعِ**) أي : ليبيعها أو ليتجر فيها في البلد نفسه ، وأما لو اشتراها للقنية أو ليسافر بها إلى غير البلد - فلا شركة لغيره معه فيها ، وإذا زعم أنه لم يشتر للتجارة صدق مع يمينه ، إلا أن يتبين كذبه لكثرة ما اشتراه أو غير ذلك .

وقوله : (**وغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا**) هي جملة في موضع الحال ، وظاهر كلامه إنما يكون ذلك لتجـار تلك السلعة ، وهو قول أصـبغ وابن حبيب ، وقـال ابن الماجشون : ذلك لجـميع التجار .

وقوله : (**فَإِنَّهُ يُجْبَرُ**) ؛ أي فإن المشتري يجبر لغيره على الشركة إن شاء الغير ذلك ، إلا أن يبين الآخذ أنه إنما أخذها له فـقط ، فلو قال التجار لمتـولي الشراء : أشركنا في هذا ، فقال : نعـم ، أو سكت - فبقضى لهم عليـه إن طلبوا بعد ذلك الدخول عليـه وامتنع ، ويقضى له هو عليـهم إن طلب منهم الدخول معـه لظهور الخسـارة ، وإن قالوا له - وهو

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/٦) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/٤٩) .

يسوم - : أشركنا واشتر علينا ، فسكت وذهبوا ، فاشترى بعد ذهابهم ثم سألوه - لم يلزمه ويحلف : ما اشترى عليهم ، فلو طلبهم هو لزمهم بسؤالهم ، وإن زعم فيما اشتراه أنه لم يشتره للتجارة فهو مصدق في ذلك مع يمينه ، إلا أن يتبين كذبه لكثرة ما اشتراه أو غير ذلك .

والْمُشْتَرَكُ مِمَّا لا يَنْقَسِمُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُعَمِّرَ أَوْ يَبِيعَ وإلا بَاعَ الْحَاكِمُ بِقَدْرِ مَا يُعَمِّرُ .

يعني : إن كان بين شريكين من الربع ما لا يحكم بقسمته ، واحتاج ذلك الربع إلى إصلاح وشبهه ، فيلزم من أبى العمارة أن يعمر أو يبيع لمن يعمر ، فإن فعل وإلا باع الحاكم عليه بقدر ما يعمر .

ابن عبد السلام : وظاهر إطلاقاتهم أن للقاضي بيع جميع نصيب الآبي مع شريكه ، ويترجح هذا بأن فيه تقليل الشركاء ؛ إذ يلزم مما قاله المصنف كثرة الضرر لكثرة الشركاء ؛ لأنه إذا بيع بعض نصيب الآبي من ثالث صاروا ثلاثة شركاء بعد أن كانوا اثنين إلا أن يقال: فإنه إنما أبيح البيع للضرر الحاصل ، وذلك يرتفع بقدر الحاجة .

قوله : **(والمنقسم)** هو قسيم قوله : **(مِمَّا لا يَنْقَسِمُ)** أي : وإن كان مما يقبل القسمة قسم، وهو ظاهر .

ويُجْبَرُ الْعُلُو السُّفْلَ عَلَى الْبِنَاءِ أَوِ الْبَيْعِ .

يعني : ويجبر صاحب العلو صاحب السفل أن يبني سفله أو يبيعه لمن يبنيه إذا خاف صاحب العلو على علوه السقوط .

ابن عبد السلام : وقوله : **(أَوِ الْبَيْعِ)** يحتمل أن تكون (ال) للتعريف ؛ أي : لتعريف الحقيقة ، ويكون المعنى كما ذكرنا أنه ظاهر إطلاقاتهم في المسألة السابقة ، وكذلك ظاهر إطلاقاتهم هنا .

ويحتمل أن تكون للعهد ؛ أعني البيع السابق في كلامه .

ابن القاسم : ويخير صاحب السفل بين أن يبني أو يبيعه ممن يبني .

وقال سحنون : إنما يجوز البيع على هذا للضرورة إذا كان البائع لا مال له ، ولو كان له مال لم يجز البيع بشرط البناء ، يريد ويجبر على أن يبني .

ابن العطار : يجبر صاحب السفل على البناء إلا أن يختار صاحب العلو أن يبنيه من ماله ، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيه ما أنفق .

ويُعَلِّقُ السُّفْلُ الْعُلُوَ .

يعني : إذا وهي الأسفل واحتاج العلو إلى تعليق فهو على صاحب السفل ؛ لأن التعليق كالبناء ، وبناء الأسفل على صاحبه ، فكذلك ما يتنزل منزلته ؛ لكونه قد وجب عليه حمله ، وهذا هو المعروف ، وهو مذهب «الرسالة» .

وحكى اللخمي قولاً أنه على صاحب العلو ، واستحسنه .

والسَّقْفُ عَلَيْهِ ويُحْكَمُ لَهُ بِهِ لَوْ تَنَازَعَاهُ .

يعني : والسقف على صاحب السفل ، ولذلك لو تنازعاه حكم له به ، وحكي الإجماع عليه ، واستأنس لذلك بقوله تعالى : ﴿ **لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا** ﴾ [الزخرف:٣٣] ، فأضاف السقف إلى البيت ، والبيت لصاحب السفل ، فالسقف له .

أشهب : وكذلك الباب على صاحب السفل .

فرع : وأما إن كان سبب الانهدام وهاء العلو فإن كان صاحب السفل حاضراً عالماً ولم يتكلم على ذلك - لم يضمن ، واختلف إذا كان صاحب السفل غائباً ، وكان وهاء العلو مما يخشى سقوطه ، فهل يضمن ، أو لا يضمن لأنه لم يتقدم إليه ؟

اللخمي : والأول أحسن ، وإن تقدم إليه ولم يفعل - ضمن بالاتفاق ، وكذلك إذا كان سبب الانهدام وهاء السفل ، وصاحب العلو حاضر ، ولم يتقدم إليه ، أو كان غائباً .

وتَعْلِيقُ الأَعْلَى عَلَى الأَوْسَطِ .

لأن الأعلى مع الأوسط كالعلو مع السفل .

والسُّلَّمِ عَلَى الأعْلَى مِنَ الأَوْسَطِ ، ويُخَرَّجُ عَلَيْهِ عَلَى الأَوْسَطِ ، مِنَ السُّفْلِ ، وقِيلَ : كَالسَّقْفِ ....

السلم الأدراج التي يصعد بها صاحب العلو إلى علوه ، وكان على الأعلى من الأوسط؛ لأن السلم إنما ينتفع به صاحب الأعلى ، وهذا القول لابن القاسم في «مختصر ابن عبد الحكم» ، وخرج عليه على الأوسط من السفل ، وهو تخريج صحيح .

وقـوله : **(وقِيلَ : كَالسَّقْف)** ؛ أي فيكون السلم للأوسط على صاحب السفل ، وللأعلى على صاحب الأوسط بمنزلة السقف ، وهذا القول حكاه ابن أبي زيد عن بعض القرويين .

ولَيْسَ لِصَاحِبِ الْعُلْوِ أَنْ يَزِيدَ .

أشهب : إلا الشيء الخفيف الذي لا يضر ، وكذلك أيضاً إذا انكسرت خشبة من العلو ، فليس له أن يعمل خشبة أثقل من الأولى ثقلاً يضر بالجدار .

وكَنْسُ مِرْحَاضِ السُّفْلِ قِيلَ : عَلَى السُّفْلِ ، وقِيلَ : عَلَى الجَمِيعِ عَلَى عَدَدِ الجَمَاجِمِ .

والأول لابن القاسم وأشهب ، ووجهه أنها لصاحب السفل ، وإنما لصاحب العلو الارتفاق بها كالسقف .

والقول الثاني لابن وهب وأصبغ ، وهو أظهر .

ابن أبي زيد : وأخذ بعض من ولي الحكم من متأخري أصحابنا بقول ابن وهب إذا كانت البئر محفورة في الفناء ، وبالأول إذا كانت البئر محفورة في رقبة الدار .

قال : ويجري القول في المرحاض بين الدارين على القول في العلو والسفل فيمن له رقبة البئر أو ليست له على الاختلاف في ذلك .

وإِذَا انْهَدَمَت الرَّحَى الْمُشْتَرَكَةُ فَأَقَامَهَا أَحَدُهُمْ إِذَا أَبَى الْبَاقُونَ فَعَن ابْنِ الْقَاسِمِ : الْغَلَّةُ كُلُّهَا لِمُقِيمِهَا وعَلَيْه أُجْرَةُ نَصِيبِهِمْ خَرَاباً ، وعَنْهُ أَيْضاً : يَكُونُ شَرِيكاً في الْغَلَّة بمَا زَادَ بعِمَارَتِه ، فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا عَشَرَةً وبَعْدَ الْعِمَارَة خَمْسَةَ عَشَرَ فَلَهُ ثُلُثُ الْغَلَّة بعِمَارَتِه ، والْبَاقِي بَيْنَهُمْ ثُمَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ دَفَعَ مَا يَنُوبُهُ مِنْ قِيمَةِ ذَلِكَ يَوْمَ دَفَعَهُ ، وقِيلَ : الْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ ويَسْتَوْفِي مِنْهَا مَا أَنْفَقَ ....

الباء في قوله : **(بعِمَارَتِه)** للسببية ، والقول الثالث يروى عن ابن القاسم أيضاً ، وهو قول ابن الماجشون ، وبالقول الثاني قال ابن دينار .

ابن عبد السلام : والثالث أقوى الأقوال عندي : والثاني ضعيف للشراء بغير اختيارهم ، أو ينفرد بأكثر الغلة عنهم ، وهو أقوى من الأول الذي حجر عنهم ملكهم ، ولم يجعل لهم فيه إلا أجرة الخراب .

فإن قيل : والثالث أيضاً ضعيف ؛ لأن متولي النفقة أخرج من يده ما أنفق دفعة واحدة ويأخذه مقطعاً من الغلة .

قـيل : هو الذي أدخل نفسه في ذلك اختـياراً ، ولو شاء لرفعـهم إلى القاضي فحكم عليهم بما قـاله عيسى بن دينار عن مـالك : إما أن يبيـعوا ، أو يصلحوا ، أو يبيـعوا ممن يصلح .

ولِكُلٍّ الْمَنْعُ فِي الْجِدَارِ الْمُشْتَرَكِ .

يعـني : لكل واحد من الشريكين منع شريكه من التصرف في الجدار المشترك حتى يأذن له شريكه كسائر الشركات .

وفي جَبْرِ مَنْ أَبَى الْقِسْمَةَ قولان .

الجبر لابن القـاسم في «المدونة» بشرط عدم الضرر في ذلك ، قـيل له : فإن كان لكل واحد جذوع ، قال : إذا كان جذوع هذا من هنا ، وهذا من هنا لم يستطع قسمته ، ولكن يتقـاوياه ، بمنزلة ما لا ينقسم من العـروض والحيوان ، والقول بعـدم الجبر نسبـه اللخمي لأشهب ، قال ابن القاسم : لأن قسمـته ضرر على من أبي ، وليس منه شيء إلا وله فيه مرفق يضع فيه خشبه ، ويضرب فيه وتده ، ويربط فيه دابته ، انتهى .

ونسبـه غيـره لمطرف وابن الماجشـون قالا : لا يقـسم إلا عن تراض ، مجـردا كان أو حاملاً .

واستشكل اللخمي قول ابن القاسم إذا كان لكل منهما عليه جذوع لا تمكن قسمته قال: لأن الحمل عليه لا يمنع القسم كما لا يمنع قسمة العلو والسفل ، وحمل العلو على السفل، ورأى أن يقسم طائفـتين على أن من صارت إليه طائفـة كانت له ، وللآخر عليـه الحمل ، وقد أجاز ابن القاسم المقاواة ، وإنما تصح المقاواة على أن من صار إليه الحائط كان ملكه له وللآخر عليه الحمل ، وإذا جازت المقاواة على هذه الصورة والصفة - كانت القسمة أولى.

ابن العطار : اختلف في صفة قسمته ، فعند ابن القاسم : يمد الحبل بينهما فيه طولاً لا ارتفاعـاً من أوله إلى آخره ، ويرسم موقف نصف الحـبل ، ويقرع بينهـما ، ويكون لكل منهما الجانب الذي تقع عليه قرعته ، وقال عيسى بن دينار : يقسم بينهما عرضاً فيأخذ كل منهما نصفه مما يليه .

وإِذَا انْهَدَمَ فَفِي جَبْرِ مَنْ أَبَى عِمَارَتَهُ : قَوْلَانِ.

حكى ابن الجلاب[١] القولين روايتين ، فقال : وإذا انهدم الحائط المشترك ، وكان شركة بين اثنين ، فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر ، ففيها روايتان :

إحداهما : أنه يجبر الذي أبى على بنائه مع شريكه .

والأخرى : أنه لا يجبر عليه ، ولكن يقتسمان عرصة الحائط ونقضه ، ثم يبني من شاء منهما لنفسه .

فَلَوْ هَدَمَهُ أَحَدُهُمَا ضَرَراً رَدَّهُ كَمَا كَانَ ، ولِإِصْلَاحٍ قَوْلَانِ .

حاصله أنه إن هدمه أحدهما ضرراً لزمته إعادته كما كان اتفاقاً ، واختلف إذا كان على غير وجه الضرر ، وهو معنى قوله : **(ولِإِصْلَاحٍ قَوْلَانِ)** ومقتضى كلامه أنه في الجدار المشترك ، وهو ظاهر كلامه في «الجواهر»[٢] ، ولم ينقل ابن يونس هذا إلا فيما إذا كان الحائط لأحدهما ، فإنه قال في «العتبية» : وإن كان لأحدهما فهدمه ربه أو انهدم من غير فعله - وهو قادر على رده - فتركه ضرراً ، أجبر على رده ، وإن كان ضعف عن إعادته عذر ، وقيل للآخر : استر على نفسك إن شئت .

ابن القاسم : وإن انهدم بأمر الله تعالى لم يجبر على إعادته ، وكذلك لو هدمه هو لوجه منفعة ثم عجز عن ذلك أو استغنى عنه ، فإنه لا يجبر على رده ، ولو هدمه لضرر جبر على رده ، وقال ابن سحنون عن أبيه : لا يجبر ربه على بنائه إذا انهدم في قول ابن القاسم .

ابن يونس : وإذا كان لأحدهما فطلب هدمه لم يكن له ذلك إلا أن يعلم أنه لم يرد به الضرر ، فإن خيف سقوطه فهدمه - لم يجبر على رده ، فإن انهدم بغير فعله لم يجبر على بنائه .

ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : وليس لربه هدمه ، وإن فعل لزمه إعادته ؛ لأنه مضر ، ولو قال : أنا محتاج إلى هدمه ، نظر في ذلك ، فإن تبين صدقه ترك ليصلح على نفسه وأمر بإعادته للسترة التي قد لزمته ، وقال أصبغ : له أن يهدمه لمنفعة أو لغير منفعة ، ويفعل ما أحب ، ولا أقول به .

---

(١) « التفريع » (٢/ ٣٢٤) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٧٨٠) .

وعَلَى الْجَارِ أَنْ يَأْذَنَ فِي الدُّخُولِ لإِصْلاحِ حَائِطٍ وشِبْهِهِ .

إنما كان ذلك عليه ارتكاباً لأخف الضررين .

بعض أصحابنا : وليس لصاحب هذا الجدار أن يطينه من دار جاره ؛ لأن ذلك يزيد في غلظ الجدار ، وعد بعض العلماء من غير أهل المذهب هذا من باب الورع .

ســحنون : وإن وقع ثوب لك في دار جارك فعليـه أن يأذن لك في الدخول لتأخذه أو يخرج لك به .

ويُنْدَبُ إِلَى إِعَارَةِ الْجِدَارِ .

لما في الصحيحين و «الموطأ» : « **لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره** » قال : ثم يقـول أبو هريرة : (ما لى أراكم عنـها مـعرضين والله لأرمين بهـا بين أكتـافكم)[(١)] ، بالتاء، والنون ، روايتان ، وكذلك روي : خشبة بالإفراد ، وخشبه بالجمع .

والمشهـور ما ذكـره المصنف أن ذلك مندوب ، ولا يقضـى عليه إن امتنـع ، وقال ابن كنانة: هو واجب ، ويقضى عليه إن امتنع لظاهر الحديث .

قال في «الاسـتذكار» [(٢)]: وإنما حمل على الـندب لقوله ﷺ : « **لا يحل مـال امـرئ مسلم إلا برضـا نفسه** »[(٣)] ، وهل لجار المسجد أن يغرز خشبه في جدار المسجد ؟ للشيوخ فيه قولان .

فَإِنْ أَعَارَ لَمْ يَرْجِعْ مُطْلَقاً ، وقِيلَ : إلا أَنْ يَعْرِضَ مُحْوِجٌ غَيْرُ الضَّرَرِ .

قوله : (**مُطْلَقاً**) ؛ أي طال الزمن أو قصر ، عاش أو مات ، باع أو ورث ، احتاج إلى جداره أو لا ، وهو قول مطرف وابن الماجشـون - وروياه عن مالك - قالا : إلا أن ينهدم الجدار ثم يعيده صاحبه ، فليس للمعار له أن يعيده إلا بعارية مبتدأة .

وقوله : (**وقِيلَ**) هو لابن القاسم ومالك : إذا أذن له فليس له أن يرجع إلا لحاجة تنزل به ، له - بها - عذر ، ولم يرد الضرر لما ماج بينه وبينه ، فليس له ذلك ، وقال أصبغ : إذا مضى من الزمن ما يعار مثله إلى مثل ذلك الزمان - فله منعه .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٣١) ومسلم (١٦٠٩) ومالك (٨٠٣) .

(٢) « الاستذكار » (٨/ ١٢١) .

(٣) أخرجه أحمد (٢٠٧١٤) والدارقطني (٣/ ٢٦) وأبو يعلى (١٥٧٠) والبيهقى في « الشعب » (٥٤٩٢) من حديث أبي مرة الرقاشي عن عمه وصححه الألباني - رحمه الله - .

وحصل ابن زرقون في هذه المسألة ومسألة عارية العرصة للبناء والغرس ستة أقوال : هذه الثلاثة :

والرابع نسبه «للمدونة» : له أن يرجع وإن لم يحتج ، من قوله في عارية العرصة : ويدفع له ما أنفق أو قيمته قائماً أو منقوضاً على الاختلاف فيه .

والخامس لأشهب وابن نافع : الفرق بين ما تكلف فيه نفقة - فلا يرجع ، وبين ما لا يتكلف فيه نفقة - فيرجع .

والسادس لسحنون : الفرق بين غرر الخشبة في الجدار - فلا يرجع ، وبين الإذن في العرصة - فيرجع .

سحنون : لأن من أهل العلم من يرى القضاء بغرز الخشبة وإن لم يأذن صاحب الجدار، فكيف إذا أذن ؟

الباجي(١) : وهل يلزم ذلك بمجرد الإذن أم لا ؟

الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه إن أذن فلا رجوع له .

ابن عبد السلام : وهذا معنى ما حكاه المؤلف ، وهو الذي نقله غير واحد .

وِمثْلُهُ فَتْحُ بَابٍ أَوْ إِرْفَاقٌ بِمَاءٍ .

هذا معطوف على الجدار ؛ أي يندب إلى إعارة الجدار ، ويندب إلى مثل فتح باب أو إرفاق بماء ، وهو ظاهر .

وفي بعض النسخ : (مثل) بإسقاط حرف العطف ، فيكون شبه لإفادة الحكم ، والأول أحسن .

وإِذَا تَنَازَعَا جِدَاراً - فَصَاحِبُ الْيَدِ : صَاحِبُ الْوَجْهِ والْقُمُطِ والطَّاقَاتِ والْجُذُوعِ .

يعني : إن ادعى كل من الجارين الجدار - فصاحب اليد منهما من كان إليه وجه الجدار والطاقات ؛ أي غير النافذة ومعاقد القمط ، أي الخشب التي بين البنيان ، أو كان له عليه جذوع دون صاحبه ، فإن لم يكن لأحدهما شيء من ذلك أو كان لهما جميعاً - فهو لهما؛ لأنه بأيديهما ، وكذلك راكب الدابة مع المتعلق بلجامها ، الراكب أولى ، وهذا إنما هو مع عدم البينة ، وأما مع قيامها فيجب الاعتماد عليها لا على هذه الوجوه .

---

(١) « المنتقى » (٦/٥٣٨) .

ابن القاسم : وإن كان عقد الجدار إليهما فهو بينهما ؛ أي بعد أيمانهما ، وكذلك إن كان منقطعاً عنهما ، أو كانت لكل منهما كوى ، وإن كان لأحدهما عشر خشاب وللآخر سبع- فهو على حاله ، وليس لأحدهما أن يزيد .

سحنون : وإن كان لأحدهما خشبة وللآخر عشر - فهو بينهما نصفين ، وقال غيره : هو لصاحب العشرة إلا موضع الواحدة ، وقالوا : إن كان لأحدهما خمس ، وللآخر أربع- فهو بينهما نصفين .

أشهب : وإن كان عقده لأحدهما - وللآخر عليه جذوع - قضى به لذي العقد ، ولصاحب الجذوع بموضعها .

سحنون : ولو كان عقده لأحدهما من ثلاثة مواضع ، ومن ناحية الآخر من موضع - قسم بينهم على عدد العقود ، قال صاحب المعين : وإن كان لأحدهما عليه ربط فهو له ، ولا يلتفت مع ذلك إلى وجه الحائط ولا لخشب الآخر .

وَتَجْلِسُ الْبَاعَةُ فِي الأَفْنِيَةِ لِلْبَيْعِ الْخَفِيفِ ، وَقَضَى بِهَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لأَرْبَابِ الدُّورِ ، يُرِيدُ بِالانْتِفَاعِ إِلا أَنْ تُحَازَ ....

أصبغ : إنما يباح الانتفاع بالأفنية ما لم يضيقوا الطريق ، أو تمنع المارة أو يضر بالمسلمين.

والضمير في (بها) عائد على الأفنية ، وفسر ابن حبيب ما روي عن عمر رضي الله عنه بنحو ما ذكره المصنف ، وقاله من أرضى من أهل العلم ، ويبين لك ما أشار إليه المصنف - من حمل كلام عمر على الأمر الخفيف - ما روي أيضاً عن عمر أنه مر بكير حداد في السوق فأمر بهدمه ، وقال : يضيقون على الناس ، فدل على أنه إنما أباح الانتفاع اليسير .

فَلَوْ حَازَ هُدِمَ مَا يَضُرُّ ، وفِيمَا لا يَضُرُّ : قَوْلانِ .

لا خلاف في هدم ما يضر بالناس ، والمشهور هدم ما لا يضر أيضاً .

ابن راشد : وقال أصبغ : لا يهدم ، ولكن يكون جرحة في حقه إن كان اقتطاعه ذلك بمعرفة ، وفي «المجموعة» : قال ربيعة : من بنى مسجداً في طائفة من داره فلا يزيد فيه من الطريق ، وقال مالك : إن كان لا يضر بالناس فلا بأس ، انظر إن كان هو على المشهور أو الشاذ .

والرَّوْشَنُ وشِبْهُهُ ، والسَّابَاطُ لِمَنْ لَهُ الْجَانِبَانِ جَائِزٌ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

الروشن هو الجناح يخرجه الرجل على حائطه ، والساباط أن يكون له حائطان مكتنفان بالطريق فيمد خشباً عليهما لينتفع بذلك .

ابن شعبان : يشترط في عدم منعه أن يرفع ذلك عن رؤوس الركبان رفعاً بيناً .

فروع :

الأول : قال في «المدونة» : ومن رفع بنياناً رفعاً بيناً فجاوز به بنيان جاره ليشرف عليه لم يمنع من رفع بنيانه ، ومنع من الضرر ، ومن رفع بنياناً فسد على جاره كواه وأظلم عليه أبواب غرفه وكواها ، ومنعه الشمس أن تقع في حجرته لم يمنع .

ابن كنانة : إلا أن يرفع البنيان ليضر بالجار دون منفعة له فيمنع ، وروى ابن دينار عن ابن نافع أنه يمنع من ضرر منع الريح والضوء والشمس .

الثاني : اختلف في الأندر إذا أراد من له دار ملاصقة له أن يبني فيها ما يمنع الأندر من الريح أو نحوه ، فقال ابن القاسم وابن نافع : يمنع ، ابن نافع : وإن احتاج إلى البنيان ، وقال مطرف وابن الماجشون : لا يمنع .

الثالث : اختلف فيمن اتخذ كوى وأبواباً يشرف منها على دار جاره ، فقال مالك وابن القاسم : يمنع ، ورواه ابن وهب وزاد : ولا يكلف أن يعلي بنيانه حتى لا يراه .

وفي «المبسوط» عن ابن مسلمة : لا يمنع ، ورواه ابن المعذل عن ابن الماجشون ، قال : ويقال له: استر على نفسك إن شئت ، والأول هو المعروف ، ولهذا قال فيمن بنى مسجداً وجعل له سطحاً يطلع منها على دار رجل : يجبر بانيه على أن يستر على سطح المسجد ، ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر .

واختلف فيمن بنى غرفة وفتح فيها أبواباً أو كوى يطلع منها على قاعة غيره – وأراد صاحب القاعة منعه ، وقال : هذا يضر بي إذا بنيت قاعتي داراً – على ثلاثة أقوال : قال مطرف : يمنعه قبل بناء القاعة أو بعده .

وقال ابن الماجشون : لا يمنع مطلقاً ، وقال ابن القاسم : يمنعه بعد أن يبني القاعة ، ولا يمنعه قبله .

الـرابـع : من فتح باباً على دار غـيره فلما قـام عليه أراد أن يسده من خلفه ، فـقال سحنون: ليس له ذلك ، وليـسد الباب مخافـة أن يشهد قوم أنهم يعـرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة، وقال ابن الماجشون : لا يلزمه سده ، وله أن يجعل أمامه ما يستره .

الخـامس : من باع داراً وقد أحدث جـاره بها مطلعاً أو مجرى مـاء أو غير ذلك من الضرر، فقال مطرف وابن الماجـشون : إن كان البائع لم يقم في ذلك حتى باعهـا فلا قيام للمشـتري ، ولو كـان قد قام يخـاصم فلم يتم له الحكم حتى باع - فللـمشتـري أن يقوم ويحل محله .

وفي «أحكام ابن بطال» : معناه أن الحكم قضي به وأعذر ، وتعين التسجيل والإشهاد ، ولو بقي شيء من المدافع والحـجج - لم يجـز ؛ لأنه بيع ما فـيه الخـصومـة ، وهو أصل مختلف فيه .

السـادس : قال مطرف : وإن كان لرجل شجر إلى جنب جـدار آخر فيضر به ، فإن كانت أقدم مـن الجدار - وكانت على حال مـا هي عليه اليوم من انبسـاطها - لم تقطع ، وإن حدثت لهـا أغصـان بعد أن بني الجدار وأضـر ذلك بالجدار - فليـقطع منها مـا أضر بالجدار مما حدث ، وقال ابن الماجشون : يترك مـا حدث وانتشر من الأغصان ، وإن أضر ذلك بالجدار ؛ لأنه قـد علم أن هذا شأن الشجـر ، فقد حـاز الثاني من حريمهـا قبل بناء الجدار ، وقال أصبغ بقول مطرف وابن حبيب وعيسى بن دينار .

صـاحب «البيـان»[١] : وهو أظهر ، ابن يونس : وقالوا أجمـعون : إن كانت الشجرة محدثة بعد الجدار فإنه يقطع منها ما آذى الجدار من قليل وكثير ، انتهى .

ولا يقطع منها شيء إن ادعى الجار أنه يتطرق عليه منها ، ولا حجة له أيضاً فيمن يطلع ليجنيها ، وإن كان إذا طلع أشرف على دار جاره .

مطرف وابن الماجشون وغيرهما : وليؤذن جاره ، وأما لو رفعت الصومعة حتى صارت تكشف على من حولها ففي سماع أشهب : لم أر أن يمنعوا من رفعها .

ابن رشد[٢] : ولا يدخل في طاعة بمعصية .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٢) .

السـابع : سأل حبيب سحنوناً عن خربة لرجل فيها زبل لا يدرى من يلقيه فيها ، فقام جار الخربة على ربها ؛ لأن ذلك يضر به ، وقـال صاحبها : ليس ذلك من جنايتي وأنا لا أسكن ذلك ، وثبت أن ذلك يضـر بحائط جـاره ، وقال : أرى على صاحـب الخربة نزع الزبل الذي أضر بجاره .

سـحنون في موضع آخر من كتاب ابنه في الزبل يجتمع في خربة لقوم أو في فناء يضر بالناس : أن على جيران الموضع كنسه ، يريد الأقرب فالأقرب على الاجتهاد .

أبو مـحـمـد : لأن الغالب أنهم يلقونه فـيها ، قال يحيى بن عـمر في تراب لقوم في موضع فنقله السـيل من موضعه إلـى زقاق لقوم فسـد عليهم مخرج بابهم ، قـال : يقال لصاحب التراب : خذ ترابك ، وإن أبى قيل للذين سـد عليهم : اطرحوه إن شئتم ، ولا يجبر صاحب التراب على نقله إن أبى .

والطَّرِيقُ الْمُنْسَدَّةُ الأَسْفَلِ كَالْمِلْكِ لأَصْحَابِ دُورِهَا فَبِالإِذْنِ .

يـعنـي : أن ما قدمه في مسألة الروشن والسـاباط إنما هو في السكة النافذة ، وأما غير النافذة ، وهو مـراده بقوله : (**الْمُنْسَـدَّةُ الأَسْفَلِ**) فلا يجوز لأحد سكانها أن يحدث فيها روشنا أو غيره إلا بإذن الجميع .

ابن عـبد السـلام : وقال : كالملك لأرباب دورها ، ولـم يقـل : ملكاً ، إشارة إلى أنها ليست مملوكـة لهم ملكاً تاماً ؛ إذ لو كانت مملـوكة لهم ملكاً تاماً لكان لهم أن يحـجروها على الناس بغلق ، وظاهر كـلام بعضهم أنه ليس لهم ذلك ، وبه حكم بعض قـضاة بلدنا وهد على من فعله .

فرع : هل يحدث باباً في السكة إن كانت غير نافذة أم لا ؟ في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : أن ذلك لا يجوز إلا بإذن جميع أهل الزقاق ، وإليه ذهب ابن زرب قياساً على مسألة «المدونة» في الدارين تكون إحداهما في جوف الأخرى ، وبه جرى العمل بقرطبة .

الثـاني : أن له ذلك فيما لم يقابل باب جـاره ، ولا قطع عنه مرتفقاً ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» ، وقول ابن وهب في «العتبية»[1] .

الثالث : أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول ، وليس له أن يفتح باباً لم يكن قبل بحال ، وهو دليل قول أشهب في «العتبية» .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ٤٠٥) .

ابن رشـد[١] : ويتحصل في فتح الرجل باباً أو حانوتاً في مقابلة [باب][٢] جاره في السكة النافذة ثلاثة أقوال :

الأول : له ذلك جـملـة ، وهو قـول ابن القـاسم في «المدونة» ، وقـاله أشـهب في «العتبية» .

والثاني : ليس له ذلك جملة إلا أن ينكب ، وهو قول سحنون .

والثالث : له ذلك إذا كانت السكة واسعة ، وهو قول ابن وهب في «العتبية» ، والسكة الواسعة سبـعة أذرع فأكثر ؛ لما في «المجمـوعة» أنه ﷺ قال : « **إذا اخـتلف الـناس في طريقهم فحدها سبعة أذرع** »[٣] .

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ٤٠٥) .

(٢) زيادة من «البيان والتحصيل» .

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٤١) ومسلم (١٦١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

كتاب الوكالة

الوَكَالَةُ نِيَابَةٌ فِيمَا لا تَتَعَيَّنُ فِيهِ الْمُبَاشَرَةُ شَرْعاً .

الوكالة لغة : الحفظ ، وفيه : ﴿ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ وَكِيلاً ﴾ [النساء: ٨١] أو الكفالة والضمان ، قال تعالى : ﴿أَلاَّ تَتَّخِذُوا مِن دُونِي وَكِيلاً ﴾ [الإسراء: ٢] قيل : حافظاً ، وقيل : كفيلاً ، قاله عياض .

الجوهري(١) : والاسم الوكالة ، ورسمها المصنف اصطلاحاً : بأنها نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة ، ويكون قريباً من قول صاحب «التلقين»(٢) : كل عقد جازت فيه النيابة جازت فيه الوكالة ، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة من حيث الجملة .

فَتَجُوزُ فِي الْوَكَالَةِ ، وَالْكَفَالَةِ ، وَالْحَوَالَةِ ، وَالْجَعَالَةِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ ....

عطف بالفاء لترتبه على ما قبله ؛ إذ لا تتعين المباشرة في جميع الأشياء ، يوكل من يوكل أن يعمل ، وأن يوكل من يأخذ له كفيلاً ، وأن يوكل من يحيل غريمه على مديانه .

والجعالة : أن يوكل من يجاعل على عبده الابن جعلاً ، وهو ظاهر .

وَفِي الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ ، وَفِي الْحَجِّ خِلافٌ تَقَدَّمَ .

أي : في الحج ، ولا خلاف ما ذكره في العبادات المالية .

وَلا تَجُوزُ فِي مِثْلِ يَمِينٍ وَظِهَارٍ .

لم تجز في اليمين لأنها لا تقبل النيابة ؛ لأن اليمين من الأعمال البدنية ودخل في اليمين الإيلاء واللعان ، وكذلك لا تجوز في الوضوء والصلاة ، وإلى أن الأيمان من الأعمال البدنية أشار بقوله : **(مِثْلِ يَمِينٍ)** .

وقوله : **(وَظِهَارٍ)** لأن الظهار يمين ولأنه منكر من القول وزور ، فلا تجوز الوكالة فيه

(١) « الصحاح » (٢/ ٢٩٣) .
(٢) « التلقين » (٢/ ٤٤٥) .

كسائر المعاصي وما لا يجوز للآمر فعله ، وكذلك نص عليه المازري في «التعليقة» وصاحب «الجواهر»[(١)] ، وكذلك قرره ابن راشد وابن عبد السلام .

والأقرب عندي أن الظهار كالطلاق ؛ لأنه إذا قال الوكيل لزوجة موكله : أنت عليه كظهر أمه ، فهو كقوله لامرأة موكله : أنت طالق .

وَيَجُوزُ فِي الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ .

وتجوز الوكالة بالإقرار عنه ، أو على أن يناكر عليه بما ادعى خصمه واليمين على الموكل بلا خلاف ، ولا خلاف أنه لا يكون للوكيل الإقرار إلا بما قيده موكله عنه ، وأما إن أطلق له الوكالة ؛ فالمعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه ، وروي عن مالك لزوم ما أقر به ، وعلى الأول فقال ابن العطار وجماعة من الأندلسيين وغيرهم : إن من حق الخصم ألا يخاصم الوكيل حتى يجعل له الإقرار .

قال في «البيان» [(٢)]: ونزلت عندنا وقضى فيها بأنه لا يلزمه ما أقر به الوكيل ، قال في «الكافي»[(٣)] : وبه جرى العمل عندنا .

وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل المذهب أنه لا يلزمه إقراره .

قال في «الكافي» [(٤)]: وهذا في غير المفوض ، قال : واتفق العلماء فيمن قال ما أقر به على فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه ، واختلف أصحاب الشافعي إذا قال الموكل لوكيله : أقر عني لفلان بألف ، هل يكون ذلك إقراراً لفلان بالألف ؟ واختار المازري أنه إقرار ، واستشهد بما لأصبغ في «العتبية» فيمن وكله رجل على خصام رجل في شيء أن الإقرار الوكيل لا يلزم الموكل ، قال : ولو شهد أنه جعله في الإقرار عنه كنفسه ؛ فإن إقرار الوكيل يلزمه .

ابن عبد السلام : وليس فيه كبير شاهد .

ابن راشد : قال فقهاء طليطلة : من وكل رجلاً على طلب حقوقه والمخاصمة عنه

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٧٥) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٥) .
(٣) « الكافي » (ص / ٣٩٥ » .
(٤) « الكافي » (ص / ٣٩٥) .

والإقرار والإنكار فأقر الوكيل أن موكله وهب داره لزيد ، أو قال : لفلان على موكلي مائة دينار أن ذلك لازم لموكله ، وأنكر ذلك ابن عتاب وغيره ، وقالا : إنما يلزمه فيما كان من معنى المخاصـمة التي وكله عليها أبو الأصـبغ ، وهذا هو الصحيح عندي وهو في شـفعة «المدونة» ، قال ابن القاسم : من وكل رجلاً على قبض شفعتـه فأقر أن موكله سلمها فهو شاهد يحلف المشـتري معه وتبطل الشفـعة إلا أن يكون الشفيع المشـهود عليه غائباً فـيتهم موكله على الانتفاع بالمال وله بال فلا تبطل .

وَالْمُعْتَبَرُ الصِّيغَةُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

المعتبر في صحة الوكالة مثل : وكلتك ، وأنت وكـيلي ، أو ما يقوم مقامها من قول أو فعل ؛ كقوله : تصرف في هذا ، كإشارة الأخرس ونحوه .

فَإِنْ تَرَاخَى الْقَبُولُ فَقَوْلانِ ؛ تَخرِيجاً عَلَى قَوْلِهِ لِلْمَرْأَةِ : اخْتَارِي .

لما ذكر الصـيغة أشار إلى أنه لابد من الـقبول ، ثم إن وقع على الفور فـلا خلاف في الصحة ، وإن تراخى بزمان طويل ، فقـال المازري : يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لامـرأته : اختـاري ، أو أمرك بيـدك ، فقـامت من المجلس ولم تخـتر ، قـال : والتحقـيق في هذا يرجع إلى اعتبار المـقصود والعوائد ، هل المراد الجـواب بداراً فإن تأخر سقط حكم الخطاب ، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤجلاً ؟

ابن عـبد السـلام : وقد يفرق بين الوكالة والتخيـير بأن الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل ؛ لأن الموكـل إن رأى مصلحة أبقاه وإلا عزله ، وأمـا الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازماً له ؛ فلذلك يقيد خيارها بالقرب ، وسقط بطول المجلس على أحد القولين .

خليل : وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض ، وأما التي بعوض للزومها ، وعلى هذا فلعل المازري لما رأى أن الغالب في الوكالة أن تكون بعوض لم يلتفت إلى الفرق المذكور ، والله أعلم .

الْمُوَكَّلُ فِيهِ شَرْطُهُ : أَنْ يَكُونَ مَعْلُوماً بِالنَّصِّ أَوِ الْقَرِينَةِ أَوِ الْعَادَةِ .

لما كان للوكالة حالتان ، تفويض وخـصوص ، وكان الوكيل المخصوص إذا تصرف في غير ما أذن له فيه يكون متـعدياً لزم من أجل ذلك أن يبين الشيء الموكل فيه بالنص عليه أو

بقرينة تدل على أنه أراد شيئاً بعينه أو بعادة ، كما إذا وكله على زواج امرأة ، فإن العادة أنه إنما وكله على زواج من هي من نسائه .

فَلَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ لَمْ يُفِدْ حَتَّى يُقَيِّدَ بِالتَّفْوِيضِ أَوْ بِأَمْرٍ .

عطفه بالفاء لترتبه على ما قبله ، أي : ولاشتراطنا أن يكون الموكل معلوماً ، لو قال الموكل : وكلتك ، لم يفد لعدم حصول الشرط .

فإن قيل : لم أبطلتم الوكالة المطلقة وصححتم الوصية المطلقة وجعلتم الوصي يتصرف في كل شيء ؟

قيل : يتيم ، لما كان محتاجاً أن يتصرف له في كل شيء ولم يوص عليه والده غير من أطلق الوصية له كان ذلك قرينة في تفويض الأمر للموصي ، بخلاف الموكل فإنه قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولابد له من أمر يستبد به في العادة احتاج إلى تقييد الوكالة بالتفويض أو بأمر مخصوص .

فَلَوْ قَالَ : بِمَا لِي مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ مَضَى فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ إِذَا كَانَ نَظَرًا ، إِلا أَنْ يَقُولَ : نَظَرًا أو غَيْرَ نَظَرٍ ....

لما ذكر أن الوكالة لا تفيد حتى يقيد بالتفويض ، أو بأمر مخصوص على أن الوكالة قسمان أخذ يتكلم على كل منهما وبدأ بالتفويض .

وقوله : (**فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ**) نحوه لابن رشد[1] ، وصاحب «الجواهر»[2] بشرط أن يكون نظراً ؛ لأنه معزول عن غيره بالعادة ، إلا أن يصرح له بذلك فيقول : نظراً أو غير نظر .

خليل : وفيه نظر ؛ إذ لا يأذن الشرع في السفه ، وينبغي أن يضمن الوكيل ؛ إذ لا يحل لهما ، والله أعلم .

ابن راشد : وذكر غير المصنف ، وابن شاس [3]، وابن رشد أنه يستثنى من ذلك بيع دار السكنى ، وبيع العبد ، وزواج البكر ، وطلاق الزوجة ؛ إذ العرف قاض بألا تتزوج تحت عموم التفويض ، وإنما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٠) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٦٧٥) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٦٧٥) .

ابن عبد السلام : وقد جرى العمل عندنا في هذه الجهات في كل شيء مع وجود القيد الذي ذكره المصنف أنه يتصرف في كل شيء إلا في بيع دار سكنى الموكل وطلاق زوجته .

قال في «المقدمات»(١) : وإن سمى بيعاً ، أو اشتراء ، أو خصاماً ، أو شيئاً من الأشياء فلا يكون وكيلاً إلا فيما سمى ، وإن قال في آخر الكلام : وكالة مفوضة أو لم يقله فذلك سواء ؛ لأنه يرجع إلى ما سمى خاصة ، وهذا مرادهم في أن الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت .

ابن عبد السلام : قال بعض أشياخي : ولا يدخل في ذلك خلاف الأصوليين في العموم إذا جرى على سبب ، هل يقتصر على ذلك السبب ، أو يعم ؟ وفي ذلك نظر .

فَلَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ فِي كَذَا تَقَيَّدَ بِهِ .

هذا هو النوع الثاني من نوعي الوكالة وهو ظاهر .

وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي الإِبْرَاءِ جَازَ مَعَ جَهْلِ الثَّلاثَةِ بِمَبْلَغِ الدَّيْنِ .

قوله : (**فِي الإِبْرَاءِ**) أي : من الدين ، و (**الثَّلاثَة**) الوكيل ، والموكل ، ومن عليه الدين ، و (أل) في الثلاثة للعهد ، أما الوكيل والموكل فلتقدم ذكرهما ، وأما الغريم فلوكالة الإبراء مما عليه بالالتزام ، وإنما جاز ذلك ؛ لأن ذلك هبة مجهول ، وهي جائزة عندنا .

وَمُخَصَّصَاتُ الْمُوَكِّلِ مُتَعَيِّنَاتٌ كَالْمُشْتَرِي ، وَالزَّمَانِ ، وَالسُّوقِ .

يعني : أنه يتعين على الوكيل ألا يتصرف إلا كما أذن له الموكل ؛ لأنه إنما يتصرف له ، قوله : (كالمشتري) يصح بكسر الراء ويكون المعنى : بعها من فلان ، وهو الذي في «الجواهر» (٢)ومشاه عليه ابن راشد وابن عبد السلام ، ويصح بفتح الراء ؛ أي : لا تشتري إلا سلعة فلان ، (**وَالسُّوقِ**) أي : لا تبع إلا في السوق الفلاني ، (**وَالزَّمَانِ**) أي : لا تبع إلا في الشهر الفلاني .

فَإِنْ خَالَفَ ؛ فَالْخِيَارُ لِلْمُوَكِّلِ إِلا أَنْ يَكُونَ رِبَوِيا بِرِبَوِيٍّ ، فَفِي إِمْضَائِهِ بِرِضَاهُ قَوْلانِ .

أي : فإن خالف الوكيل ما قيده له الموكل فللموكل الخيار في الإمضاء والرد ، فإن

---

(١) « المقدمات » (٢/٢١٨) .

(٢) « الجواهر » (٢/٦٧٦) .

أمضى وقد كان باع له سلعة أخذ الثمن ، وإن فسخ وكانت السلعة قائمة أخذها ، وهل له أن يطالبه بما سمى من الثمن ؟ قولان ، فإن كانت فائتة طالبه بالقيمة إن لم يسم ثمناً ، فإن سمى ، فهل له أن يطالبه بما سمى أو بالقيمة ؟ قولان مبنيان على الخلاف فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن .

وقوله : **(إلا أَنْ يَكُونَ رِبَوِيّاً بِرِبَوِيٍّ)** كما لو قال : بعها بقمح فباعها بفول ، أو بدراهم فباعها بذهب ، فهل له الإمضاء كغيره أو لابد من الفسخ لأن المبيعات الربوية لا يدخلها خيار ، والقولان متأولان على «المدونة» .

ولا شك أنهم هنا لم يدخلوا ابتداء على الخيار ، ولكن آل الحكم إلى ثبوت الخيار للموكل ، فهل يكون الخيار الحكمي كالشرطي أم لا ؟ والمشهور من المذهب أنه لا ينافي فعله الإمضاء .

فَإِنْ زَادَ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ أَوْ نَقَصَ فِي الشِّرَاءِ فَلا كَلامَ .

كما إذا قال : بعها بعشرة فباعها باثني عشر ، أو قال : اشتر بعشرة فاشتراها بثمانية ، فلا كلام للموكل ، وإن كان ذلك مخالفة من الوكيل ؛ لأن الموكل يرغب في هذا المعنى ، ومن هذا ما في «المدونة» (١): وإن أمرته يسلم لك في طعام ففعل فأخذ رهناً أو كفيلاً بغير أمرك جاز ؛ لأنه زيادة توثق .

اللخمي : إلا أن ينقص في الثمن لأجل الرهن أو الحميل فيكون حينئذ للموكل الخيار .

خليل : وينبغي أن يلاحظ هنا ما تقدم ، هل للرهن حصة من الثمن ، أم لا ؟

وَيُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِي الْعَكْسِ .

المراد بالعكس : أن ينقص في البيع ويزيد في الشراء ؛ يعني : فإن نقص في البيع اليسير ، أو زاد في الشراء اليسير اغتفر ، هذا ظاهر كلامه ؛ أعني : عموم هذا الحكم في البيع والشراء ، والذي في «تهذيب الطالب» ، واللخمي ، وابن يونس ، والمتيطي ، و«الجواهر»(٢) ، وابن رشد وغيرهم أن اليسير إنما يغتفر في الشراء لا في البيع ؛ لأن الشأن في البيع طلب الزيادة ، وفي الشراء استخفاف الزيادة اليسيرة عند حصول غرضه في تلك السلعة .

---

(١) « المدونة » (١٠/ ٢٥٢) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٦٧٧) .

لكن غمز ذلك ابن يونس ولم ينص في «المدونة» على اعتبار اليسير إلا في الشراء ، وحد فيها اليسير بمثل الدينار والثلاثة في المائة ، وكالدينار والدينارين في الأربعين ، نعم يأتي كلام المصنف على ما ذكر أبو الحسن في أن الظاهر إذا باع السلعة بأقل مما سمى له بيسير أنه يجوز ذلك كما في الشراء ، ونقله التلمساني عن بعض الأشياخ .

وقال المازري : وأشار بعض المتأخرين إلى أنه لا فرق بين البيع والشراء في أن الوكيل على البيع ينبغي أن يسامح له في أن يبيع بنقص يسير عما حد له ، قال : والتحقيق يقتضي أنه لا يغتفر له في البيع والشراء ولا يكون له إلا ما حد له ، وهو مذهب الشافعية، قال ابن محرز : وقال بعض المذاكرين : إنما له أن يزيد اليسير إذا كانت السلعة التي أمر بشرائها غير معينة ، وأما المعينة فلا يزيد فيها شيئاً وهو لا معنى له ، والصواب : أن لا فرق بين المعينة وغيرها ولا بين البيع والشراء ؛ أي : في اغتفار الزيادة اليسيرة ، وحيث ألزمنا الوكيل ما خالف فيه الموكل ،فضمان المشتري من الموكل قاله في «المدونة»[1]

وهل يصدق الوكيل في دفعه الزيادة اليسيرة ؟ تردد فيه التونسي ، وخرجه اللخمي على الخلاف فيمن أخرج من ذمته إلى أمانته ، وذكر في «تهذيب الطالب» عن ابن القاسم في رواية عيسى أنه قال : يقبل قول الوكيل أنه زاد لأنه مؤتمن ويحلف ، وإن لم يذكر الزيادة حتى طال الزمان لم يقبل قوله بعد ذلك ، إلا أن يشتغل عن ذكر ذلك بمثل ما يشتغل به الرجل في حوائجه ، أو يكون في سفر فيقدم فيقبل قوله ، وإذا أقام معه زماناً طويلاً يلقاه ولا يذكر ذلك فلا يقبل قوله .

فَلَوْ قَالَ : أَنَا أُتِمُّ فِي الْكَثِيرِ ، فَفِي إِمْضَائِهِ قَوْلَانِ .

فالإمضاء لحصول غرض الأمر وعدمه ؛ لأن الوكيل متعد في البيع فيجب الرد لحصول المنة ، ونظيرتها إذا وكلته أن يزوجه بألف فزوجه بألفين ، فقال الوكيل : أنا أغرم الزائد .

وَلَوْ قَالَ : بِعْ بِنَسِيئَةٍ بِكَذَا فَبَاعَ نَقْداً بِهِ ، وَعَكْسُهُ فِي الشِّرَاءِ فَقَوْلَانِ ، وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ بِأَنَّ الْمُبْتَاعَ لَوْ عَجَّلَ الثَّمَنَ لِلْوَكِيلِ لَزِمَهُ قَبُولُهُ ....

إذا قال : ادفع بمائة نسيئة إلى أجل فباع بها نقداً ، وعكسه في الشراء أن يقول : اشتر بمائه نقداً فيشتري بها مؤجلة ، فقال ابن أبي زيد : ذلك لازم في الوجهين ، قال :

(١) « المدونة » (٢٥٣/١٠) .

وخالفني فيها أبو بكر بن اللباد واحتججت عليه بأن المبتاع لو عجل الثمن المؤجل لزمه قبوله بغير مرجحة الوكيل إذا أمره بالبيع بمائة مؤجلة أن يقول : لو بعث بمائة مؤجلة ثم دفعها لك المشتري لزمك قبولها ، وكذلك يقال في الشراء : إن لم ترد بقاء الدين في ذمتك ، وعلى هذا البحث فيقيد بما إذا باعها بالعين ؛ لأنه هو الذي يجب قبوله ، وقاله التونسي .

ورأى بعض من يقول كقول ابن أبي زيد: إن الطعام كالدنانير وكالدراهم وفيه نظر ، ولابن اللباد أن يقول من حجة الموكل أن يقول في مسألة البيع : إنما قلت لك بمائة مؤجلة لأني كنت أظن أن المائة ثمنها إلى أجل ، فإذا ساوت مائة حالة فثمنها في التأجيل أكثر .

ويقول في مسألة الشراء : إنما قلت لك اشترها بمائة معجلة ظانا أنها تساوي أكثر من ذلك في التأجيل ، فإذا باعها بمائة مؤجلة فهي تساوي أقل من مائة معجلة ، وفيه نظر ؛ لأنه لو عجل له ما قال لم يكن له مقال .

قال في «المدونة»(١) : وإن أمرته ببيعها إلى أجل فباعها نقداً فعليه الأكثر مما باعها به والقيمة لما تعدى ، ابن القاسم : وسواء نسيت له ثمناً أم لا ، فظاهر هذا الكلام مع ابن اللباد ، وتأول ذلك بعضهم على الموكل إنما حد للوكيل أقل الثمن بحيث إنه إنما يبيعها بهذا العدد إذا لم يجد أكثر منه ، ولما باعها بذلك العدد نقداً دل على أنه لم يبالغ في طلب الأثمان ؛ لأن من اشترى بثمن نقداً ، فالغالب أن يشتري ما كثر بثمن إلى أجل ، ومهما بعد الأجل زاد الثمن ، وقال بعضهم : لعل المسألة مفروضة في التوكيل على بيع السلعة بقيد العين ، وقوله : **(وحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ)** يحتمل أنه حاجه ، ويحتمل أنه غلبه في الحجة وهو الأقرب .

تنبيه : ما ذكره المصنف عن ابن اللباد هو كذلك في «الجواهر» ، فقوله فيما حكى عنه: وخالفني في ذلك أبو بكر بن اللباد ، والذي في ابن عبد السلام : ابن التبان ، وفيه نظر ؛ لأن ابن التبان إنما كنيته أبو محمد على ما ذكره صاحب «المدارك» ، وابن اللباد هو أبو بكر، والله أعلم .

وَاشْتَرِ بِعَيْنِهَا فَاشْتَرَى بِالذِّمَّةِ وَنَقَدَهَا أَوْ بِالْعَكْسِ يَصِحُّ .

يعني : إذا أعطاه مائة درهم أو مائة دينار ، وقال له : اشتر بعينها ، فاشترى بمائة في

---

(١) « المدونة » (٩/ ٥٥) .

الذمة ونقد ما دفعه الآمر ، أو قال له : اشتر بمائة في الذمة ، فاشترى بعينها ؛ صح الشراء ، ولا مقال للموكل في الوجهين ؛ لأن ذلك كله سواء .

وأعاد المصنف الضمير في نقدها وبعينها في غير الدراهم والدنانير كما ذكرنا اعتماداً على السياق .

خليل : وينبغي أن يخرج على القول بالوفاء بشرط ما لا يفيد أن يكون للموكل الخيار ، وأما إن ظهر لاشتراط الموكل فائدة ؛ فإنه يعمل على قوله : (ولا إشكال) وقد نص المازري عليه .

وَفِي : بِعْ بِالدَّنَانِيرِ ، فَبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِالْعَكْسِ قَوْلَانِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمَا فِي الْغَرَضِ سَوَاءٌ أَوْ لا ....

تصوره واضح ، واستقرأ بعضهم القول بأنه لا مقال للموكل من «المدونة» ، وهو اختيار اللخمي ، قال : إلا أن يعلم أن ذلك لغرض الموكل .

وَاشْتَرِ شَاةً بِدِينَارٍ فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ ، ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ قَادِراً عَلَى الإِفْرَادِ لَمْ يَلْزَمْ .

قال في «الجواهر»(١) : ولو سلم له ديناراً ليشتري به شاة فاشترى به شاتين وباع إحداهما بدينار ورد الدينار والشاة ؛ صح عقد الشراء والبيع ولزما لإجازة المالك ، وقد فعل ذلك عروة البارقي مع رسول الله ﷺ فدعا له ، وشراء الشاة الأخرى ودفع أحدهما يخرج على إجازة المالك تصرف الغير في ملكه إذ رضي ذلك رسول الله ﷺ وأمضاه ، ولو أمر له أن يشتري جارية على صفة بثمن معين فاشترى جاريتين على الصفة المعينة بالثمن المحدود في الواحدة ، فإن اشتراهما واحدة بعد أخرى ، فقال أصبغ : يلزمان الموكل ولم يقيد جوابه، وقال ابن المواز : إن كان قادراً على الإفراد لم يلزم الآمر العقد ، وإن كان غير قادر لزمه ، وقال غيره : يثبت الخيار للموكل ، ثم اختلف القائلون بذلك في محله ، فقال ابن القاسم: محله الثانية فقط فيتخير في قبولها أو ردها .

وقال ابن الماجشون : يتخير في قبولها أو ردها ، انتهى .

وفهم منه أن القول الثالث لابن القاسم وابن الماجشون .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٧٧) .

ابن عبد السلام : حكي في «الجواهر»[1] عن محمد التفرقة ، والذي في «النوادر» عن «الموازية» ظاهر فيها وليس بصريح .

خليل : وحكى اللخمي عن مالك التفـرقة ، وقال : إنه لا يختلف المذهب في اللزوم إذا لم يمكن الإفراد ، وهو ظاهر ، وعلى هذا فيتحصل في المسألة طريقان ، وما حكى ابن شاس عن ابن الماجشـون كذلك حكاه عنه في «المبسوط» ، وحكى ابن حـبيب عنه إذا أمره بشراء جارية بعينها ، أو موصـوفة بثمن فاشتراها به ومتاعاً معاً في صفـقة ؛ فالآمر مخير بين أن يرد الجميع ويأخذ الجارية بحصتها من الثمن ، قال : وإن تملك الجميع قبل علمه ؛ فمصيبة الجارية وحدها منه بحصتها من الثمن .

وجه قول أصبغ أن الوكيل لم يزد لموكله إلا خيراً ؛ إذ لو اشترى له جارية لزمه ، ونظر في القول بعدم اللزوم للمخالفة ، والتفرقة ظاهرة .

وَبِعْ إِلَى أَجَلٍ يُقَيِّدُهُ الْعُرْفُ .

يعـني : إذا قال له بع هذه السلعة إلى أجل ؛ فإنه وإن كان مطلقاً يصلح لجميع الآجال لكن يقيد بالعرف ، فإن باعها إلى أجل جرت العادة به البيع لمثله مضى وإلا فلا .

ابن عـبـد السـلام : وهذا صحيح ، فـإن المعتبر من الكلام إنما هو عـرف التخاطب لا مقتضى اللغة ، إلا إذا كان الآمر والمأمور عربيين ، والله أعلم .

وَاشْتَرِ لِي عَبْداً فَاشْتَرَى مَا لا يَلِيقُ بِهِ ، فَفِي خِيَارِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ .

يعـني : فإن وكله على شراء عبد وأطلق ، فإن اشترى ما يليق به لزمه ، فإن اشترى ما لا يليق بمثله ، فقال ابن القاسم في «المدونة»[2] : الموكل بالخيار ، وقال أشهب : لا خيار له، والجاري على المسألة السـابقة قول ابن القاسم ، ولعل الخـلاف مبني على الخلاف بين أهل الأصول ، هل يجوز تخصيص العام وتقـييد المطلق بالعرف ، أم لا ؟ فمن أجاز ذلك جعل للموكل الخـيار ، ومن لا فلا ، وقيد بعض القـرويين قول ابن القاسم بما إذا لم يسم الثمن ، وأما إن سماه فاشترى به فلا يبالي بما اشترى له كان مما يشبه أم لا ؛ لأنه قد أجاز له قدر ذلك ، وقال غيره : ينبغي ألا يلزمه إلا إذا اشترى له ما يشبه وإن سمى الثمن .

(١) « الجواهر » (٢/ ٦٧٧) .

(٢) « المدونة » (٩/ ٥٧) .

وَكَذَلِكَ الْمُخَصَّصُ بِالْعُرْفِ .

يعـنـي : أن العرف كـما قيد المطلق على مـا قدمه في قوله : (وبع إلى أجل) يـقيده العرف، فكذلك يخصص العام ، كمـا لو قال له : اشترِ لي ثوباً من أي الأثواب شئت ، فإنه يتقيد بما لا يليق بالآمر ، وهذا مثل ما في «المدونة»(١) : إذا استعار دابة يركبها حيث شاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إفريقية ، فإن كان العرف عاريته إلى مثل ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن ، قال : والذي يسرح دابته لرجل يركبـها في حاجة ويقول له اركبها حيث شئت يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام .

وَلا يَبِيعُ بِعَرَضٍ ولا نَسِيئَةٍ ولا بِتَغَابُنٍ فَاحِشٍ إلا بِإِذْنٍ .

لما ذكر أن العرف يقيد في جانب الشراء أشار إلى أنه يقيد أيضاً في البيع ، فإذا قال له: بع هذه السلعة ، فـمحمله على البيع بالنقـد المعتاد المعجل بثمن المـثل إلا بإذن ، واشتمل كلام المصنف على ثلاث مسائل فلنتكلم على كلٍّ بانفرادها :

الأولـى : لا يبيع بعرض ، بل ولا بغير نقد البلد ، فـإن فعل كان متعدياً ، ففي السلم الثاني من «المدونة »: ويضمن حين باع بغير عين إلا أن يجيز الآمر فعله ويأخذ ما باع به ، زاد في الوكالة ، وقال غيـره : إن باعها بعرض ولم يفت فليس له تضمـينه ، وخير الآمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به ، أو نقضه وأخذ سلعـته ، وإن فاتت خير فيما بيعت به من عرض ، أو تضمين الوكيل قيمتها ويسلم ذلك العرض للوكيل .

عياض : وهو وفاق .

وفي «الموازية» : إن فاتت بتـغير البدن أو لسـوق فكما ذكرنا ، وإن لم تفت بأحـدهما فيخـير الآمر في إجازة البـيع أو تباع السلعة المأخـوذة ، فإن كان فيهـا زيادة أخذها ، وإن نقصت عن القيمة ضمن الوكيل تمامها .

التـونسي : ومع عدم الفوات لا يكون بيع العـرض في الأصوب من القولين وقيمـتها كعينها ؛ فإما يأخذها ، أو العرض .

واستـشكل ما في «الموازية» من تضمين المأمـور مع قيام السلعـة ، وينبغي ألا يكون له الخيار إلا في إجازة ما فعله الوكيل أو رده ، وأما أن تباع به سلعته فلا ، وحمل ابن يونس

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٣٠٢) .

ما في «الموازية» على أن المشتري نازع في كون هذه السلعة المبيعة للموكل ولم يعلم أنها للآمر إلا بقول المأمور ، فلذلك لم يكن سبيل إلى نقص صفقة ، وضمن المأمور لإقراره بالتعدي ، وأما لو علم بالبينة أنها للآمر ؛ لم يكن له سبيل إلى تضمين المأمور ، وليس له إلا أن يرد أو يجيز ، وعلى هذا فيتفق ما في «الموازية» وفي كتاب الوكالات فاعلمه ، وأما إن اشترى لموكله بغير العين فذلك لا يلزمه ، وللموكل أن يجيز فعله ويدفع إليه ما واده من الثمن ، هكذا قاله في «المدونة» ، وظاهرها أن المقوم في ذلك كالمثلي .

فرع : قال في «المدونة» (١): وإن اشترى لك أو باع بفلوس فهي كالعرض ، إلا أن تكون سلعة خفيفة الثمن فإنها تباع بالفلوس وما أشبه ذلك ، فالفلوس فيها بمنزلة العين ، وأما المسألة الثانية وهي البيع بالدين فلا تجوز ، فإن فعل ؛ فإما أن يكون سمى له ثمناً ، أم لا ، فإن لم يسمِّ له ثمناً ، ففي «الموازية» يجوز للآمر أن يرضى بالثمن المؤجل إن كانت سلعته قائمة ؛ لأنه لما كان قادراً على الرد صار ذلك كإنشاء عقدة ، وإن فاتت فليس له الرضا بالمؤجل ؛ لأن الغالب أن القيمة التي وجبت له أقل من الثمن المؤجل ، فلو أجزنا له ذلك لزم منه بيع القيمة بأكثر منها إلى أجل ، وهو عين الربا .

ولهذا قال ابن القاسم في «العتبية» (٢): لو كان الثمن المؤجل مثل قيمتها الآن أو أقل لجاز الرضا به للآمر؛ لأنه رضى منه بالتعدي إن فسخ،مثل ما وجب له في مثله أو أقل .

قال في «العتبية» : وإن باعها بأكثر من القيمة ورضي المتعدي أن يعجل له القيمة ويقبض ذلك لنفسه عند الأجل ويدفع ما زاد على القيمة إلى الآمر على ذلك ولم يكن من بيع الدين ، وأما إن سمى له الثمن فباع بأكثر منه إلى أجل ، كما لو أمر له بعشرة نقداً فباع بخمسة عشر مؤجلة ، فاختلف هل يعد الوكيل بتعديه ملتزماً لما أمره به الموكل ونقل عن ابن القاسم ، أم لا وهو المشهور .

اللخمي : وهو أحسن ، فإن كانت السلعة قائمة فعلى الأول لا يلزم الوكيل غير العشرة، وعلى الثاني يخير الموكل في إجازته ورده ، قاله المازري وغيره ، فإن فاتت السلعة، فهل له مطالبة الوكيل بالتسمية إن سمى له ثمناً ، أو قيمة السلعة إن لم يسم ، أم له أن يجيز تعديه ويرضى بالثمن ، المشهور من المذهب : منعه منهما .

(١) « تهذيب المدونة » (٢/ ٧٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٢٠٥) .

أمـا **الأول** : فلإمكان أن يكون قد رضي بما فعله الوكيل ، فيكون قد وجب له خمسة عشر فتعجل منها عشرة فيدخله ضع وتعجل ، وظاهر ما في «الواضحة» تمكينه من ذلك .

وأما **الثـاني** : فلاحتمال أن يكون عزم على مطالبة الوكيل بحكم التعدي ، فيكون قد وجب له عليه عشرة وانتقل منه إلى أكثر منه إلى أجل ، وظاهر ما في «الواضحة» أيضاً أن له ذلك ؛ ولهـذا كان المشـهور : لابـد من بيع الدين ؛ لأنه ليس للمـوكل وجه يأخـذ به عوض سلعته سوى ثمن الدين ، فإن بيع بمثل التسـمية أو القيمة فلا كلام ، وإن بيع بأزيد أخذ الموكل الجـميع ؛ إذ لا ربح للمتـعدي ، وإن بيع بأقل غرم للمـوكل تمام التسمـية أو القيمة ، ويؤخر بيع الدين حتى يحل الأجل فيأخذ ما دفعت للموكل وأعطيه ما زاد ، فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت الآن بيعت بعشرة جاز ذلك ؛ لأن الذي يصح للآمر لو بيعت الخمسة عشر بعشرة نقداً عشرة ، فإذا دفـعها المأمور إليه وزاد خمسة مؤجلة فقد أحسن ولا يقع له في ذلك ، وإن ساوت لو بـيعت أكثر من عـشرة كاثني عـشر مثـلاً لم يجز ؛ لأنه فسخ الدينارين في الخمسة التي بقيت .

وحكى بعضهم في هذه الصورة قولاً بالجـواز ، فإن ساوت أقل من عشرة جاز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب .

واختلف الشيوخ هل المخـتار قول ابن القاسم ، أم قول أشهب ؟ فاختـار التونسي قول أشهـب ؛ لأنه يلزم هنا السلف بزيادة ، لأن المأمور يـغرم تمام العـشرة ، وكأنـه قال : لا تبعها لتغرمني فأسلفه عشرة ليأخذ من الدين .

واختار اللخـمي قول ابن القاسم وانفصل عما تقـدم بما حاصله : أن الدين إنما يباح إذا كان للموكل بيعه فـائدة ، وإلا فلا فائدة للموكل في بيعه فلا يباع إلا بتـراضيهما ؛ لكونه متردداً بينهما ؛ إن التفت إلى حكم التعدي كان البيع للوكيل ، وإن التفت إلى حكم إجازة تعديه كان للموكل ، وهذا يمنع من بيعه عنده إلا بتراضيـهما ، وإذا كان كذلك فلا يتحقق فيه السلف .

تنبيه : قال ابن يونس : كما راعوا في مسألة التسمية أن تكون قيمة الخمسة عشر أقل من العشرة المسماة أو أكثر ، فقيـاسه أن يعتبر أيضاً مع ما وقع البيع به إذا لم يكن سمى بما يكون أكثر السـلعة أو أقل ، بخلاف ما تقدم عن «الـعتبية» أنه إذا باعـها بأكثر من القـيمة

ورضي المتعدي أن يعجل القيمة ويقتضي ذلك عند الأجل ويدفع ما زاد أنه جائز ، قال : والمسألتان يدخلهما القولان سمى أو لم يسمِّ ، فاعرفه .

وأما المسألة الثالثة ، ففي «المدونة»(١) : إن باع الوكيل أو ابتاع ما لا يشبه من الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك ؛ كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها ، ويرد ذلك كله ما لم يفت فيلزم الوكيل القيمة ، وإن باع بما يشبه جاز بيعه ، وإن أمره بشراء سلعة بعينها فابتاعها بألف درهم وهي من ثمانمائة لم يلزمك إلا أن تشاء ، وهي لازمة له ، وإن كانت شيئاً يتغابن بمثله لم يلزمه .

وَلا يَبيعُ مِنْ نَفْسِه وَلا وَلَدِه ولا يَتيمِه ، ولا يَشْتَري ، وَقيلَ : لَهُ ذَلكَ ، ويَتَوَلّى حِينَئذٍ طَرَفَيِ الْعَقْدِ كَالْوَكيلِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ والنِّكَاحِ ....

المشهور من المذهب والمعروف : أن الوكيل على بيع سلعة لا يكون له بيعها من نفسه ، فإن فعل فالموكل بالخيار في الرد والإمضاء ، ولو أعتق هذا الوكيل العبد الموكل هو على بيعه ، نص عليه غير ابن القاسم في القراض .

وقال عبد الوهاب : إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز ؛ بناء على أن المخاطب هل يدخل تحت الخطاب أم لا ؟ والظاهر وإن قلنا : إنه يدخل فلا يمضي للتهمة ولا يقال تبين انتفاؤها بالبيع بالقيمة فأكثر ؛ لأنا نقول يحتمل أنه إنما اشتراها بذلك لما رأى أن من الناس من يرغب في شرائها بأكثر ، وعلى المذهب فإن فاتت السلعة فعليه الأكثر من الثمن والقيمة .

محمد : وهو بتغير الذات أو تغير السوق ، وذكر يحيى بن عمر قولاً آخر بأن تغيير السوق لا يفيتها ، وذكر ابن حبيب أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها ثم باعها بربح أن الربح للموكل ، وكذلك الوصي إذا اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح فإن الربح لهم، فرأى أن ذلك البيع الذي باعه من نفسه كأن لم يكن لكونه معزولاً .

قوله : (**وَلا وَلَده**) أي : الصغير ، في السلم الثاني من «المدونة» : ومن وكل رجلاً يسلم له في طعام فأسلمه إلى نفسه ، أو ابنه الصغير ، أو لشريك له مفاوض ، أو شركة عنان، أو زوجته ، أو مكاتبه ، أو مدبره ، أو أم ولده ، أو عبده المأذون له في التجارة ،

(١) « تهذيب المدونة » (٢/ ٧١) .

أو عبد لولده الصغـار ، أو عبد أحد ممن ذكرنا ، أو ذمي ؛ فذلك كله جـائز إن صح بغير محاباة ، ما خـلا نفسه وشريكه المفاوض ، أو من يلي عليه مـن ولد ، أو يتيم ، أو سفه وشبهه .

اللخمي : وإن أسلمه إلى ولده الكبير جاز ، وقيد سحنون المفاوض بما إذا أسلم إليه في المال الذي فاوضـه فيه ، وأما غـيره فيـجوز ، وجائز أن يسلم إلى ابنه الصـغير ويتيـمه ، وقال: لأن العهدة في أموالهم .

وإلى هذا القول وقول القاضي أشار بقوله : **(وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ)** ، وما ذكر في «المدونة» في المدبر وأم الولد فهموه في المأذون لهما في التجارة .

ابن عبد السلام : وفي فهمهم ذلك منها نظر ، وقال يحيى بن عمر : لا يجوز أن يسلم لعبده المأذون .

قوله : **(ويَتَوَلَّى حِـينَئِذ)** تفريع على الشاذ ، وقوله : **(كَالْوَكِيلِ مِنْ كِـلا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَـيْعِ)** وذلك يتصور بأن يكون وكـيلاً من شخصين، أو ناظراً على يتـيمين ونحو ذلك ، وكلاهما ظاهر .

وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْـهِ عَالِما ولَمْ يُعَيِّنْهُ الْمُوَكِّلُ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الْمُـوَكِّلِ ، وفِي عِتْقِه عَلَى الْوَكِيلِ قَوْلانِ ....

(عَلَيْه) أي : على الموكل ، و **(عَالما)** حال من الضمير في **(اشْتَرَى)** أي : الوكيل من يعتق على الموكل حـالة كون الوكيل عالماً بذلك لم يعـتق على الموكل ، وأما إن لم يعلم ؛ ففي المدونة وغيرهـا : أنه يعتق على الموكل ، وخرج غير واحد خلافـاً في عدم لزوم البيع إذا لم يكن الوكيل عالماً ، ومنهم من استقرأه من كتاب الرهن من «المدونة».

ابن عبد السلام : وفيه نظر .

واستشكل ما ذكـر من التفرقة ؛ لأن عقد الوكـالة أن تضمن قرابة الموكل صح مع علم الوكيل ، وعـتقوا على الأمر ، وإن لم يـتضمنهم لم يصح البـيع مع عدم العلم ولم يلزم العتق .

وأجيب بأنه تضمنهم بدليل أنهم يعتقدون مع علم الوكيل كونه قصد اضطراره فلم يمكن من ذلك ، فقـوله : ولم يعينه الموكل ، بل قال : اشـترِ لي ، فاشـترى الوكيل أبا الموكل مثلاً ؛ فـالوكيل متعدٍّ ، لأن الموكل أخـرج هذا بالعرف ؛ إذ المقصود من العـبد في العادة

الاستخـدام ولا يحصل هنا ، ولهذا المعنى أتى المصنف بهذه المسـألة هنا ، لذلك لم يعتق على الموكل لأنه لم يدخل في ملكه ، ولزم الوكيل الشراء .

قال علمـاؤنا : إلا أن يبين أنه يشتريها لـفلان ، فإن بين فلم يجز الآمـر نقض البيع ، وإذا لم يجز الموكل الشـراء ، فاختلف هل يعتق عليه لأنه كـالملتزم لعتقـه وهو قول البرقي وابن العطار ، أو لا لأنه لا قـرابة بينه وبين الوكيل وهو قول ابـن عمر ؟ قـال : وقاله أبو عبد الله بن معاوية ، وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس .

واختلف الشيـوخ في أي المذهبين هو الجاري على قول ابن القاسم في المقـارض يشتري من يعتق على رب المال ، هل يقـال : هو كالمقارض لأنه إنما قال ابن القـاسم بالعتق على المقـارض ؛ لأنه عنده كالملـتزم لعـتقـه على رب المال وإليـه ذهب ابن يونس ، أم لا لأن المقارض له شركة وهو قول جماعة من القرويين ، قال بعض الشيوخ : المراد بالجهل : هو ألا يعلم أنه أبوه جملة ، وأما لو علم به وجهل الحكم فيه هو كما لو علم لا فرق بينهما ، أما إن ادعى الموكل على الوكيل العلم ؛ فالقول قول الوكيل ، لأنه ادعى عليه عمارة ذمته ، فيحلف الوكـيل ويلزم الموكل الشراء والعتق ، فإن نكل حلف الموكل وأغرمـه الثمن وعتق على المأمور اتفاقاً لإقراره بحرية هذا العبد على الموكل بسبب أنه اشتراه له غير عالم .

اللخـــمي : وإن قال الوكيل : كنت أمرتني بشراء هذا العـبد ، وقال الآمر : بل بعبد آخر، وقال : أمرتني بتمر ، وقـال : لا بل بقمح ، فقد اختلف في ذلك هل يكون القول قول الآمر ، أو المأمور ، والمشترى حر باتفاق .

وَعَلَى عِتْقِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ أَوْ بَعْضُهُ وَعَتَقَ مَا فَضَلَ ، وَالْوَلاءُ لِلْمُوَكِّلِ .

يعني : وعلى القول بأنه يعتق على المأمور ، فإنما ذلك إذا كان موسراً ، وإن كان معسراً بالكلية بيع جميعـه ، وإن كان معسراً ببعضه عتق مـا فضل ، وهذا فسره البرقي ، والولاء للموكل لأنه عبده كأنه أعتقه .

الْعَاقِدَانِ وَمَنْ جَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ ، جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ وَيُوَكَّلَ إِلا لِمَانِعٍ .

العـاقدان : هو الوكيل والموكل ، وفي كلامه حذف فـي موضعين ؛ في صلة المبتدأ إن عددت (من) موصولة ، أو في غيرها إن عددتها شرطية ، والمحذوف الثاني في الخبر ، أو فعل الجزاء ، التـقدير : من جاز له أن يتصرف لنفســه في شيء جاز له أن يوكل أو يتوكل فيه إلا لمانع ، وعلى هذا فيجوز للمحجور عليها أن توكل في ملازم عصمتها .

وقوله : (إلا لمانعٍ) أي : من الموانع المتقدمة في الحجر ، وذلك لأن التوكل والتوكيل راجعان إلى الإجارة أو العارية .

فإن قيل : يرد عليه ما في «المدونة»[١] : من وكل عبداً مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون يسلم له في طعام ففعل ؛ فذلك جائز ، لأنه لا يتصرف لنفسه .

فالجواب : أن ذلك محمول على المأذون له بالاتفاق .

وَفِيهَا : لا يُوَكَّلُ الذِّمِّيُّ عَلَى مُسْلِمٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ يُبْضِعُ مَعَهُ ، وَكَرِهَهُ وَلَوْ كَانَ عَبْداً

لما قال : إلا لمانع ، وكانت الموانع المتقدمة في باب الحجر معلومة أخد يشير إلى زيادة على ذلك ، والمانع هنا اختلاف الدين .

وما نسبه «للمدونة» تبع فيه ابن شاس[٢] ، قال ، وقال المازري : وما ذاك إلا أنه قد يغلظ على المسلمين .

ابن عبد السلام : وليس فيما بين أيدينا من المختصرات هذا اللفظ على «المدونة» ، تبع فيه ابن شاس في كراهته توكيل الذمي على المسلم ، وإنما فيها أن يكون للمسلم على تقاضي ديونه بعضهم على نحو ما ذكره المصنف ، انتهى .

وقوله : (وَكَرِهَهُ) المراد بالكراهة التحريم ، ولفظ «المدونة» في السلم الثاني : ولا يجوز أن توكل ذميا أن يسلم لك في طعام ، ولا أن يشتري لك ولا يبيع ، ولا تستأجره أن يتقاضى لك ، ولا تبضع معه ، وكذلك عبده النصراني .

خليل : ومعنى «المدونة» كما نقله المصنف ، والمصنف لم يلتزم نقل لفظ «المدونة» فاعلمه .

فائدة : قال في «البيان» [٣]في باب الرضاع : إجارة المسلم نفسه من اليهودي والنصراني على أربعة أقسام ؛ جائزة ، ومكروهة ، ومحظورة ، وحرام .

فالجائزة : أن يعمل له عملاً في بيت نفسه ، أو في حانوته ؛ كالصانع يعمل للناس فلا

---

(١) « المدونة » (٩/ ٥١) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٦٧٧) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٨٢) .

بأس به ، كما يفعل للناس من غير أن يستبد بعمله .

والمكروه : أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده ، مثل : أن يكون مقارضاً أو مساقياً .

والمحظور : أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده ؛ كأجير الخدمة في بيته وما أشبه ذلك ، فهذا يفسخ إن عثر عليها ، وإن فاتت مضت وللأجير الأجرة .

والحرام : أن يؤاجر منه نفسه بما لا يحل من عمل الخمر ، أو رعي الخنازير ؛ فهذا يفسخ إن عثر عليها قبل العمل ، فإن فات العمل تصدق بالأجرة على المساكين ، انتهى .

ولعله عبر بالمحظور في الثالث وفي الرابع بالحرام لتغاير الأحكام ، وإلا فالحرام والمحظور مترادفان ، وقيل في الوجه الأول بالكراهة وهو الذي اختاره فضل .

وَلا يُوَكَّلُ عَدُوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ .

لأنه يجيز بذلك السبيل إلى نصرته .

وَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ الْمُطَالَبَةَ بِالثَّمَنِ وَقَبْضَهُ ، وَقَبْضَ الْمَبِيعِ ، وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ .

يعني : أن التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة وقبض الثمن ، ولذلك لو سلم إليه المبيع ولم يقبض ضمنه .

وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك ، فقد نص أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض ، فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه .

وقوله : **(وَقَبْضَ الْمَبِيعِ)** أي : والتوكيل أيضاً على الشراء يستلزم قبض ما اشتراه ويستلزم الرد بالعيب ، ولهذا قال ابن الهندي : كل من نص له في الوكالة على شيء فلا يتعداه إلا هنا ، أما لو وكله على البيع وصرح بأنه لا يقبض الثمن مثلاً فلا يكون له القبض .

وقوله : **(وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ)** يريد : ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه ودخل على ذلك لقوله :

فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ وَلا رَدَّ إِلا فِي الْيَسِيرِ ، وَشِرَاؤُهُ نَظَرٌ .

يعني : وأما لو علم الوكيل بالعيب قبل الشراء فالمشتري له ولا رد للوكيل إلا بشرطين أو شرط مركب من جزأين ؛ أن يكون العيب يسيراً ، وأن يكون شراؤه نظراً للآمر ؛ أي :

مصلحة له .

قال في «المدونة»[١] : وإن اشترى الوكيل معيباً وكان عيباً خفيفاً يغتفر مثله ، وكان شراؤه فرصة ؛ لزم الموكل ، وإن كان عيباً مفسداً لم يلزمه إلا أن يشاء ، وهي لازمة للمأمور إلا أن يشاء ، يبين لك أن مراد المصنف بقوله : (كَانَ لَهُ) إن شاء .

فَلَوْ عَيَّنَهُ الْمُوَكِّلُ فَلا رَدَّ لِلْوَكِيلِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَهُ ذَلِكَ .

يعني : أن ما قدمه من أن للوكيل الرد بالعيب إنما هو إذا لم يكن المأمور عين المشتري ، وأما إن قال له : اشتر لي عبد فلان ، فلا رد للوكيل ؛ لاحتمال أن يكون الآمر قد علم بعيبه ، أو يغتفره عند اطلاعه لغرضه فيه .

وقال أشهب : له الرد كالأول ، هذا ظاهر كلامه وفيه نظر ؛ لأنه عكس المنقول .

ابن عبد السلام : وذلك أنه اتفق على أنه لا رد للوكيل إن كانت السلعة معينة ، واختلف إذا لم تكن معينة ، فقال ابن القاسم في «المدونة»[٢] : له أن يرد ؛ لأنه ضامن لمخالفة الصفة ، وقال أشهب : ليس له أن يرد ، فإن رد فللموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت .

أبو عمران : وإذا كان يلزمه الضمان بإمساكه السلعة على قول ابن القاسم ويرد طالباً على قول أشهب بالحيلة في التخلص منه أن يرفع للحاكم فيحكم له بأحد المذهبين فيسقط عنه الضمان ، وقيد اللخمي قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً ، فقال ابن القاسم : للوكيل أن يرد لأنه ضامن إذا اشترى معيباً ، ثم قال : وقول ابن القاسم بيِّنٌ إن كان العيب ظاهراً لأنه فرط .

اللخمي : وإن كان مما يخفى فلا شيء عليه ، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد .

تنبيه : ما ذكره إنما هو في الوكيل المخصوص ، وأما المفوض فيجوز أن يرد ولو عين الآمر له المشترى ، وكذلك له أن يقبل ونحو ذلك من غير محاباة ، نص عليه في «المدونة».

---

(١) « المدونة » (١٠/٣٤٩) .

(٢) « المدونة » (١٠/٣٤٩) .

وَيُطَالَبُ بِالثَّمَنِ والْمَثْمُونِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْبَرَاءَةِ .

يعني : ويطالب الوكيل بثمن ما اشترى وبما باع ، ولا ينجيه من هذه المطالبة على البائع في الأولى ، أو على المشتري في الثانية أنه وكيـل ، ولا التصريح بالوكالة حتى يصرح أنه لا شيء عليه من دفع الثـمن ولا من دفع المبيع ، وإنما يدفع ذلك الموكِّل ؛ لأن الأصل أن قابض العوض يلزمـه دفع عوضه ، فقـابض المبيع يلزمه دفع الثمن ، وقابـض الثمن يلزمه دفع المبيع ، وقد ذكر في «المدونة» في كتاب العيوب والمواز مثل ما ذكره المصنف سواء وهو أصل المذهب ، لكن في السلم الثانـي لمالك إن وكل رجلاً أن يأخذ له سلماً من آخـر فإنه يلزمه ، قال : فإن شرط عليه المبـتاع أنه إن لم يرض الرجل فالسلم عليك جاز ، وكذلك إن ابتعت لرجل سلعة بأمره من رجل يعرفه البائع على أن الرجل إن أقر له بالثمن وإلا فهو عليك نقداً أو إلى أجل ؛ فـلا بأس به ، وظاهره أن المطالبة بالعـوض في المسألتين إنما هي للموكل لا الوكـيل إلا بشرط ، وقد يقـال : هاتان المسألتان راجـعتان إلى اشتـراط تقديم الموكل والله أعلم .

وقال أشهب ، وسحنون في مسألة السلم : إنهـا لا تجوز ، ولقولهما وجه ، وتركنا ما يتعلق بمسألة السلم لأنها دخيلة في هذا الباب .

فرع :

قال في «الموازية» : إن قال فـلان بعثني إليك لتبيـعه فهو كالشـرط ، ولا يبتع إلا فلاناً وإن أنكر فلان غرم الرسول رأس المال .

أشهب : وإن قال: بعثني إليك لأشتري منك أو لتبيعني ؛ فالثمن على الرسول ولو أقر بذلك الرسول فلا يبرأ وهو عليهما .

فرع : ولو أسلم رجل في شيء وقال له : هو لفـلان ، فأتى فلان في غيـبة المسلم فطلبه، فهل يجبر على الدفع وهـو قول بعض القرويين ، أو لا لأنه يقول : إن دفعت لك قد يأتي المسلم وينكر فأغرم ثانية وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن سحنون» .

وَالْعُهْدَةُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْوَكَالَةِ أَوْ يَعْلَمْ .

وعهـدة العيب والاستـحقاق على الوكـيل ، إلا أن يصرح بأنه وكيل أو يعلم المشـتري

بذلك ، فحينئذ يطلب الموكل وهو إذاً مقيد بما إذا رد السلعة عليه ويكون الثمن على الموكل وإن لم يعلمه بأنه لفلان حلف الوكيل ، وإلا ردت السلعة إليه .

وفي «الموازية» : لا يمين على الوكيل - أي : المفـوض - وأما المخصوص فعـليه اليمين ويتبع كما يتبع البائع إذا تولى المبايعة ، وجعل الأمر في العهدة أخف من المطالبة بالثمن ؛ لأن التصريح بالوكالة والعلم بها لا يكون مقتضياً لعدم المطالبة بالثمن ؛ لأن المطالبة بالثمن أو المثمون لابد منها ، والأصل عدم الاستحقاق والعيب .

ولأصبغ أن العهدة كالثمن ؛ لأنه قال في خامـس الثمانية : ما كان من رد بعيب فذلك على المتولي البيع ، إلا أن يشترط عند البيع اشـتراطاً بيناً أنه لا عهدة عليه ولا تباعة ولكن على ربها ، فحينئذ لا يكون عليه من تباعة ذلك شيء .

وقد تبين لك أن قوله : **(فَيُطَالِبُهُ)** مرفوع على قوله : **(مَا لَمْ يُصَرِّحْ)** أي : إذا صرح أو علم طولب حينئذ ، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع .

وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ رَجَعَ عَلَى مُوَكِّلِه .

يعني : ولو تلف الثمن في يد الوكيل قبل أن يصل إلى يد البائع فإن الوكيل يرجع على موكله بالثمن ولو تلف مراراً ، وهذا مقـيد بما إذا لم يكن الموكل دفع الثمن أولاً ، وأما إن دفع قبل الشراء فضاع ؛ فإنه لا يلزم الآمر غرم الثمن ثانياً إن أبى ، هكذا ذكر في «المدونة» الحكم في المسألتين وفرق بينهـما بأنه في الثانية مال بعينه وقـد ذهب ، بخلاف الأولى فإنه إنما اشترى على ذمتك حتى يصل إلى ربه .

ابـن المـواز : وعليه الخلف ، ولو تلفت السلعة التي اشـتراها فلبعض المدنيين : لا يلزم الموكل غرم الثمن في الوجه الأول فأحرى الثاني ، ذكره في «المدونة» في باب القراض .

وللمغيرة : يلزمه غرم الثمن في الثاني فأحرى الأول .

ابن يونس : وأبينها التفصيل ، قال غيره : وهذا الخلاف إنما هو عند الإطلاق ، وأما لو قال: اشتر على الذمة أو هذه على التعيين لنفع الشرط اتفاقاً ، ويحتمل أن يريد المصنف أن الوكيل على البيع إذا باع وقبض الثمن ثم تلف منه من غير تعد ثم اطلع المشتري على عيب في المبيع أو استحق منه فإنه يرجع بما وجب له على الموكل ، ويكون فاعل (رَجَعَ) ضميراً عائداً على المشتري المفهوم من السياق ، أو يقرأ (رُجِعَ) مبنياً للمفعول وفي هذا بعد ؛ لأنه

يستغـنى عنه بما تقدم ، وعلى هذا فالأول أظهر ؛ لكنه قـد أخل بأحد وجهي المسـألة كما تبين لك .

ابن عبد السلام : والأقرب منهما مذهب المغيرة ؛ لأن الثمن في ذمة الموكل أمينه ، وإنما قلنا : إنه في ذمة الموكل لأن الدراهم والدنانير إذا لم تتعين في حق المتبايعين على المعروف فأحرى ألا تتعين في حق الوكيل .

وقال أبو الحسن : انظر قـوله : لأن هذا مال بعينه فقد ذهب ، فـإنه يناقض مذهبه في غيـر موضع ؛ في أن من باع سلعة بثـمن أو استحق الثـمن وكان عينـاً أن البيع لا ينقض ويغرم الثـمن ، إلا أن يقال : ليـست العلة مجـرد التعيين بل العلة مـركبـة من وصفين ؛ التعيين ، وعدم المباشرة للمعاملة .

وَلَوْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ ولَمْ يَشْهَدْ فَجَحَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ ضَمِنَ .

يعني : ولو أسلم الوكيل على البيع المبيع ولم يشهد على القبض فجحد المشتري الثمن؛ يريد : وأصل البـيع ، وإلا فلو أقر بالبيع وقـبض السلعة وادعى دفع الثـمن لكان مدعـيا يلزمه الغريم إذا حلف الوكيل ، ولو أخر المصنف لفظ (**الثَّمَنَ**) عن (**ضَمِنَ**) لكان حسناً ، وكان يأتي على مذهب ابن شبلون في «المدونة»[1] ؛ لأن فيها : ولو وكله على بيع سلعة فباعها ولم يشـهد على المشتري فهو ضامن ؛ لأنه أتلف الثـمن إذا لم يشهد ، قال : وقد قال مالك فيمن أبضع معه بضاعة ليوصلها لرجل ، فذكر أنه وصلها وأنكر المبعوث إليه أن تكون قد وصلت إليه أن الوكيل ضامن إذا لم يشـهد ، فأبقاها ابن شبلون على ظاهرها أنه يضمن الثـمن ، وهو اختيار عـبد الحق وابن يونس وغيرهمـا ، ولأن في «الموازية» ما يدل عليه ، قال ابن أبي زيد : يضمن قيمة السلعة ، وقال بعض الأصحاب : يضمن الأقل من قيمة السلعة والثمن .

وذهب ابن الماجـشون إلى عـدم الضمـان في مسـألة البضـاعة التي اسـتشـهد لهـا في «المدونة» .

وأشار اللخمي إلى تخـريجه في مسألة المصنف من ضمان الوكـيل لعدم الإشهاد ؛ إنما هو إذا كانت العادة الإشهاد ، وأما إذا كانت العادة تركـه في بعض المبيعات ليسارتها ، قال

---

(١) « المدونة » (٣/ ٥٦) .

الشيخ أبو محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن : لا ضمان عليه ، وهو اختيار اللخمي ، وقال ابن التبان ، والإبياني : عليه الضمان ، والأول أظهر .

وَلَو أَقْبَضَ الدَّيْنَ فَكَذَلِكَ ، وقِيلَ : إِلا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ التَّرْكَ .

أي : لو أقبض الوكيل الدين الذي على موكله لصاحبه فكذلك يضمن إذا جحد صاحب الدين القبض لتفريطه .

وقوله : **(وَقِيلَ... إلخ)** .

ابن عبد السلام : وهو قول ثالث ذكره غير واحد ، وأشار بعضهم إلى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إن كانت العادة ترك الإشهاد ، وإنما يختلف إذا كانت العادة بالأمرين معاً الإشهاد وعدمه ، أو لم تكن عادة بالجملة حيث لم تضبط العادة بشيء .

ابن عبد السلام : وقيل في الوكيل على مطالبة غريمه يدفع بغير بينة : إنه غير ضامن ، وعد هذا بعضهم تقييداً للمشهور ، ولعل هذا إن صح يكون حيث جرت العادة بترك الإشهاد ، انتهى .

فرعان ؛ أولهما : استثنى من الضمان ما إذا كان الدفع بحضرة رب المال ، ففي قراض «المدونة»[1] : وإن كان وكل على شراء سلعة معينة أو غير معينة فدفع الثمن وجحده البائع هو ضامن ولرب المالين تغريمه ، وإن علم بقبض البائع الثمن بإقراره عنده ثم جحده ، أو بغير ذلك ويطيب له ما يقضى له به ذلك إلا أن يرجع الوكيل الثمن بحضرة رب المال فلا يضمن، انتهى .

ثانيهما : إذا شرط المأمور أنه لا يشهد عند دفع البضاعة ثم جحد القابض ؛ جاز الشرط ونفع المأمور وحلف إذا كان غير أمين .

مطرف : ولو شرط المأمور أن لا يمين عليه فشرطه باطل للتهمة .

وَلَوْ قَالَ : قَبَضْتُ الثَّمَنَ وتَلِفَ بَرِئَ ولَمْ يَبْرَأ الْغَرِيمُ إِلا بِبَيِّنَةٍ إِلا فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ.

أي : لو قال الوكيل : قبضت ثمن ما بعته وتلف برئ ؛ لأنه أمين ، لكن لا يبرأ المشتري إلا ببينة تشهد بمعاينة الدفع ، إلا في الوكيل المفوض فإن المبتاع يبرأ بإقراره ، وفي معناه الوصي .

مطرف : وإذا ودى الغريم الثمن فله أن يرجع على الوكيل لأنه فرط في دفعه حتى

(١) « المدونة » (٣٤٩/١٠) .

ضاع، وقال ابن الماجشون : لا يرجع بشيء حتى يُعلم من الوكيل تفريط ، وهو اختيار ابن حبيب ، وعن ابن القاسم في المأمور يدفع ثوباً إلى صباغ ، فقال : دفعته إليه وأنكر الصباغ ؛ فإن لم يقم الرسول بينة ضمن ، ولو قال الصباغ : قبضته وضاع مني وهو عديم ولا بينة بالدفع إليه ؛ فالصباغ ضامن ويبرأ المأمور .

وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الثَّمَنِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ ، فَقَالَ : تَلِفَ أَوْ رَدَدْتُهُ لَمْ يُسْمَعْ وَلا بَيِّنَتُهُ لأَنَّهُ كَذَّبَهَا ....

تصوره ظاهر .

وقيل في هذا الأصل : إن البينة تقبل ، ونظيرتها ما أشار إليه بقوله :

وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ .

وهو ظاهر ، وكذلك لو أنكر المودع الوديعة فقامت عليه البينة ، فقال : رددتها وأقام البينة على الرد أو التلف ، وكذلك أيضاً الزوج يملك زوجته فتطلق نفسها ثلاثاً فينكر التمليك فتقول بذلك البينة ، فيقول : إنما قصدت واحدة ، وكذلك إذا طولب بثمن سلعة اشتراها وأنكر الشراء فأقام المدعي البينة عليه وعلى قبض السلعة وأقام المدعى عليه بينته فدفع ثمنها ، وكذلك إذا ادعت عليه زوجته أنه قذفها فأنكر فأثبتت أنه قذفها فأراد أن يلاعن ، فقال ابن القاسم : له ذلك ، وقال غيره : ليس له ذلك ويجلد .

وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ لا يُصَدَّقُ فِي الدَّفْعِ .

لأنه لو كان مصدقاً لم يحتج إلى إشهاد لكن يحتاج إليه لقوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾ [النساء:٦] ، وجعل أهل المذهب هذه الآية أصلاً في كل من ادعى الدفع إلى غير اليد الذي ائتمنته أنه لا يصدق إلا ببينة ، وعلى قول ابن الماجشون أنه بعث ببضاعة مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها ، وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة يتخرج منه قبول دعوى الوصي الرد على الأيتام .

ونقل بعضهم قول ابن الماجشون صريحاً في الأيتام وجعل منشأ الخلاف قوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾ هل ذلك لئلا تغرموا ولا تحلفوا ، وعلى المشهور من الغرم مع عدم الإشهاد فإنما ذلك إذا أقام اليتيم عليه بالقرب .

مالك في «الموازية» : وإن طال الزمان فيما بين رشدهم وقيامهم ، مثل ثلاثين أو عشرين

سنة لا يسألونه عن شيء ؛ فإنما عليه اليمين لقد دفع إليهم أموالهم ، ونحوه في «العتبية».

وقال ابن زرب : إذا قاموا بعد العشر أو الثماني لم يكن له قبله إلا اليمين .

وَالْمُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ لَيْسَ لَهُ التَّأْخِيرُ لِعُذْرِ الإِشْهَادِ .

أي : والذي يصدق في دعوى الرد من وكيل أو مودع ليس له أن يؤخر الدفع ويعتذر بالإشهاد ؛ إذ لا فائدة له لأنه مصدق في دعواه الرد من غير إشهاد .

وذكر المصنف المسألة في صورة القاعدة الكلية ، وإن كان إنما تكلم فيؤخذ منه الحكم في الوديعة ، وما ذكره من تصديق الوكيل في دعواه الرد هو مذهب «المدونة» .

وحكى ابن رشد في ذلك أربعة أقوال :

الأول : هنا أنه يصدق مع يمينه ، وهو قول مالك في «العتبية» ومذهب «المدونة» في آخر الوكالات .

والثاني : إن كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل أنه ما قبض منه شيئاً وعلى الوكيل إقامة البينة ،وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وإن طال الأمر جدًّا لم يكن على الوكيل يمين ، رواه مطرف عن مالك .

والثالث لابن الماجشون ، وابن عبد الحكم : إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه ، وإن طال الأمر جدًّا صدق الوكيل بلا يمين .

والرابع : التفرقة لأصبغ بين الوكيل على الشيء بعينه فيصدق إلا أن يقيم البينة وإن طال الأمر ، وبين الوكيل المفوض إليه فيصدق في القرب مع يمينه ؛ ففي البعد بغير اليمين، ابن الماجشون : ولو مات وكيل المرأة -زوجاً أو غيره- بحدثان القبض كان ذلك في مال الوكيل -زوجاً أو غيره- إذا عرف القبض وجهل الدفع ، فإن كان مؤتمناً بغير حدثان ذلك، وما يكون في مثله الدفع فلا شيء في أموالهما ، وإن لم يقر بالدفع ، قال في «البيان»[1]: ولا خلاف عندي في هذا الوجه ، انتهى .

ولو قيل: إن للوكيل والمودع تأخير الدفع حتى يشهد لكان حسناً ؛ لأنهما يقولان : إذا لم يشهدا توجه عليهما اليمين فكان لنا التأخير لتسقط عنا اليمين ، لاسيما الوكيل لهذا الخلاف الذي فيه ، وقاله بعضهم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/ ١٩) .

وَالْوَكِيلُ فِي التَّعْيِينِ لا يُوَكِّلُ إلا فِيمَا لا يَلِيقُ بِهِ أَوْ لا يَسْتَقِلُّ لِكَثْرَتِهَا .

احترز بالتعيين من المفوض فإن له أن يوكل على المعروف ، وحكى في «البيان»[1] قولاً بأنه لا يوكل ، قال : والأظهر أن له ذلك ؛ لأن الموكل أحله محل نفسه فكان كالوصي ، ولم يكن للوكيل توكيل غيره ؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته ، ولأنه تصرف في الوكالة على خلاف ما أذن له .

واستثنى المصنف موضعين :

الأول : أن يكون الوكيل لا يليق به تولي الموكل فيه ؛ كمن وكل رجلاً شريفاً معروفاً بالجلالة على بيع ثوب أو دابة ، لأن الوكيل لما كان لا يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة في إجازة توكيله غيره ، فكان ذلك كالتصريح بإجازة التوكيل .

والموضع الثاني : أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقل بها ؛ لأنه بالعادة قد أذن له في التوكيل ، إلا أن الوكيل في الموضع الثاني يسوغ له أن يستعين بوكيل آخر ولا يجعل جميع ما إليه للوكيل ، بخلاف الأول فإنه يوكل على جميع ما جعل له ، ولا شك في الأول إذا علم الموكل بحال الوكيل ، وأما إن لم يعلم ؛ فقطع بعضهم بأنه لا التفات لعلمه .

قال التونسي : وانظر إن لم يعلم بذلك رد المال ، فإن كان الوكيل مشهوراً فإنه لا يلي مثل ذلك فالأشبه ألا يضمن ، وإن لم يكن مشهوراً بذلك فرضاه بالوكالة يدل على أنه هو المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى .

وفي «المقدمات» [2]: ليس له أن يوكل على ما وكل عليه غيره ، ولا أن يوصي إلى أحد بذلك ، إلا أن يجعل ذلك إليه الموصي ، فإن فعل فتلف المال ضمن على مذهب ابن القاسم ، وإن علم أنه لا يلي مثل ذلك لنفسه إذا لم يعلم بذلك الموكل الأول ، وهذا نص رواية يحيى عن ابن القاسم ، وفي ذلك نظر ، وقال أشهب : إذا كان مثله في الكفالة فلا ضمان عليه ، انتهى .

فرع : فإن وكل حيث لم يكن له ذلك ؛ فالمعروف من المذهب أنه متعد .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ١٩٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢١٨) .

قال في «المدونة» [(١)]: ومن وكل رجلاً ليسلم له في طعام فوكل الموكل غيره لم يجز ، ولأصبغ وغيره : إذا فعل وكيله مثل ما فعل الوكيل الأعلى في النظر والصحة لزم ، وإن كان على خلاف ذلك لم يلزمه ولم يجز الرضا به ، واختلف في قوله في الكتاب : لم يجز ، فحمله بعضهم على أن للآمر فسخه وإجازته .

وحمله ابن يونس على أن المعنى لم يجز رضا الآمر بما يعمل وكيل وكيله ؛ إذ بتعديه صار الثمن عليه ديناً للآمر فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني ، إلا أن يكون قد حل قبضه فيجوز لسلامته من الدين .

وروى ابن القاسم عن مالك في «الواضحة» : أن للموكل الخيار كالتأويل الأول ، ابن حبيب : وأنكر ذلك أصبغ ومن لقيت من أصحاب مالك .

وَلا يُوكِّلُ إِلا أَميناً .

وحيث قلنا: إن للوكيل التوكيل فلا يوكل إلا أميناً ؛ لأن العادة إنما تدل على ذلك .

وَلا يَنْعَزِلُ الْوَكيلُ الثَّاني بِمَوْتِ الأَوَّلِ .

لأنه صار كالوكيل عن الأصل ، فإنا لا نجيز له الوكالة إلا إذا أمكن له في ذلك ؛ إما بإذن صريح ، أو بحسب العادة ، وعلى هذا التقدير ، فقال المازري : الأظهر أن الوكيل الثاني لا ينعزل بموت الوكيل الأول ، بخلاف انعزال الأول بموت موكله .

وَيَنْعَزِلانِ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ ، وقِيلَ : لا يَنْعَزِلُ الْمُفَوَّضُ إِلا بِعَزْلِ الْوَرَثَةِ .

أي : ينعزل الوكيل الأعلى والأسفل بموت الموكل على المشهور ؛ لأنهما إنما كانا يتصرفان له وقد انتقل المال بعد الموت للوارث ، وسواء كان كل واحد منهما مفوضاً إليه أم لا ، والقول بأنه لا ينعزل المفوض إلا بعزل الورثة لمطرف وابن الماجشون .

وجهه القياس على القاضي والأمير ،فإنهما لا ينعزلان بموت الخليفة ، والفرق للأول أن الوكيل إنما قدم لمصلحة الموكل ، وقد حكى ابن الماجشون إجماع العلماء على مثل المشهور، ووقع لأصبغ أن الوكالة تنفسخ بموت الموكل ، وإن كان رب المال هو البائع فلا يجوز له أن يتقاضى الثمن إلا بتوكيل الورثة ، بخلاف إذا كان الوكيل هو المتولي فهو على

---

(١) « المدونة » (١٠/ ٣٥٠) .

ولايته ، ومـراد المصنف بقوله :(يَنْعَـزِلانِ بِمَوْتِ الْمُـوَكِّلِ) إذا علمـا ، ويدل على ذلك قوله:

وَفِي انْعِزَالِهِ قَبْلَ بُلُوغِ الْخَبَرِ إِلَيْهِ فِي الْمَوْتِ ، وَفِي الْغَيْبَةِ قَوْلانِ .

لأن حكايته الخلاف هنا فيما إذا لم يبلغه الخبر يدل على أن الأول محمول على العلم ، ومذهب «المدونة» : أنه لا ينعزل قبل علمه في الموت ، ففيها : إن اشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته ؛ فذلك لازم للورثة ، ويؤخذ الثمن من التركة إن لم يكن الوكيل قبضه ، وكذلك ما باع .

وعلى حمل «المدونة» على هذا من الفرق بين العلم وعدمه عـامة الشيوخ ، والقول بأنه ينعزل بمجرد الموت لابن القاسم وأصبغ ، وروي أيضاً عن مالك ، وزعم اللخمي أنه ظاهر المذهب ، وتأول ما في «المدونة» عـلى أن البائع والمشتـري غابا ، ولو كانا حـاضرين وبيَّنَ لهما الرجل أنه وكيل ؛ كان للورثة رد ذلك .

وأما العزل وإليـه أشار المصنف بقوله : (وَفِي الْغَيْـبَةِ) فتأول أبو عـمران أن المذهب في العزل كالموت يصح تصـرفه قبل العلم ، وهو قول ابن القـاسم وأشهب ، ورأى أن ما في «المـدونـة» [(١)] في آخر كتاب الشـركة : أن الوكيل لو كان مفوضاً إليـه إذا خلعه غرماؤه ، فذلك أنه لا يبرأ غريم بما دفع إليه كان من ثمن أم لا خلافاً لهذا .

وكذلك اعترض سحنون مسألة الشركة ، وتأول بعضهم أنه لا فرق بين العزل والموت ، وإلى التسوية ذهب التونسي وابن مـحرز وتأولوا مسألة الشركة أن العزل كـان مشهوراً فلم يصدقـه على أنه لم يعلم ، وعلى هذا فيتحـصل في مسألة الموت والعـزل قبل العلم ثلاثة أقوال : ثالثها : يمضي تصرفـه الموت دون العزل ، ولعله في هذا القول الثالث لاحظ قول مطرف أن الوكيل لا ينعزل في الموت ، وإلا ففي الفرق بينهما من حيث المعنى عسر .

وذكر في «المقدمات» [(٢)] عن بعضهم أنه يقول : لا فرق بين المسألتين ، ويجعل في كل منهما ثلاثة أقـوال ؛ أنه لا يبرأ من دفع إلى الوكيل فيهـما ، وإن لم يعلم الدافع بذلك ؛ علم الوكيل أو لم يعلم أنه يبـرأ فيهما إذا دفع ولم يعلم بموت مـوكله أو عزله ، ولا فرق

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٣٧) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢١٨) .

بين أن يعلم الوكيل ذلك أم لا ، والثالث : أنه يبرأ إذا دفع إليه ولم يعلم هو والوكيل ، ولا يبرأ إن علم الدافع بالموت والعزل .

ويتحصل في المسألة خمسة أقوال ، والمصنف لم يتعرض لشيء من ذلك ، فلذلك تركناها نحن أيضاً ، والخلاف مبني في هذه المسألة على الخلاف في الفسخ من حين الوصول أو البلوغ ، واختار جماعة القول بأنه لا ينعزل فيهما استصحاباً للحال ، وإلا أدى إلى الشك في إنكاحه ومعاملته ، وقياساً على أهل قباء ، وأجيب عن القياس بأن المكلف إذا أمر بالتوجه إلى بيت المقدس حرم الإحرام لغيره وهو مضطر إلى الفعل فعذر ، بخلاف تصرف الوكيل فإنه من المباحات ، والله أعلم .

قال بعض الشافعية : وتنفسخ الوكالة بطروء الجنون على الوكيل والموكل ؛ لأن الوكالة من العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون لطروئه على عقد غير لازم .

المازري : وفيه تفصيل عندي ، فإن طرأ على الوكيل ثم عاد عليه عقله ثم أراد إبقاء على التصرف فإنه يمكن من ذلك إذا كان الموكل حاضراً أو لم يعزله ، وإن كان غائباً ولم يعلم بجنونه فإن ذلك لا يمنعه من التصرف ؛ لأن الموكل أذن له في التصرف مع جواز القواطع ، وإن كان طروء الجنون على الموكل ؛ فالأظهر أنه يمكن من التصرف كوديعة أودعها ، لكن لو طال زمان جنونه طولاً يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله ، فإنه مما ينظر فيه ، وذكر خلافاً بين الحنفية في ردة الوكيل هل توجب عزله ؟ قال : والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك ؛ إذ الحجر عليه إنما يكون لحق المسلمين في المال ، إلا أن يعلم بمقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله إذا ارتد فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف .

وَمَهْمَا شَرَعَ فِي الْخُصُومَةِ فَلا يَنْعَزِلُ وَلَوْ بِحُضُورِهِمَا .

لما ذكر العزل وأفهم كلامه أن للموكل العزل بشرط ألا يتعلق بالوكالة حق الغير ، وظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل ، وقاله اللخمي وابن شاس[١] ، وزاد : إلا أن يخاف من غريمه استطالة بسبب ذلك .

وفي «المقدمات»[٢] : ليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر ،

---

(١) « الجواهر » (٢/٦٧٨) .

(٢) « المقدمات » (٢/٢١٩) .

هذا هو المشهور في المذهب ، ووقع لأصبغ في «الواضـحة» ما يدل على أن له أن يعزله ما لم يشرف على تمام الخصام ، وفي المحل الذي لا يكون للموكل عزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عن الوكالة إذا قبل الوكالة ، انتهى .

وإن أراد السفر بعد الثلاث مجالس حلف مـا قصد السفر ليوكل ، فإن نكل لم يكن له أن يوكل ، نعم له بأن يعزله ، وإن كانت وكالته بأجـرة ، أو قاعد الخصم ثلاث مرات إذا تبين منه تفريط ، أو يقوم عليه دليل تهمة بينه وبين من وكل عليه .

فرع : واختلف إذا وكله على بيع سلعة أو شرائها أو سـمى له شخصاً معيناً ، هل له أن يعزله كما لو أطلق ، أو لا ؟ على قولين .

المـازري - وعدها الأشياخ من مـشكلات المسائل - قال : والأصح عندي في ذلك إن عين المشترى وسمى له الثمن وقـال : شاورني ، فهذا موضع الإشكال والاضطراب ، هل له غـرض في عين المشـترى ، أم لا ؟ واخـتلف إذا وكلـه أن يملك زوجتـه أمـرها ، هل للموكل أن يعزله ؟ فرأى اللخمي وعبد الحميد أنه ليس له ذلك ، قالوا : بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته فإن فيه قولين ، ورأى غيرهم أنه يختلف في عزله كالطلاق .

واستشكل المازري الطريقة الأولى بأنه لا منفـعة للوكيل في هذه الوكالة ، فكان الأولى أن يكون له عزله ، إلا أن يقال : لما جـعل له تمليك زوجته صار كالملتـزم لذلك التزاماً لا يصح له الرجوع .

وَلا يَعْزِلُ نَفْسَهُ عَلَى الأَصَحِّ .

هو عائد على وكيل الخصام ، وسيأتي الكلام على غيره من الوكلاء ؛ يعني : إذا امتنع الموكل من عزل وكيل الخصام فكذلك وكيـل الخصام لا يعزل نفسه على الأصح ، وظاهره بمجرد الشـروع ، وكلام صاحب «المقدمـات» المتقدم يدل على أنه إنما يمتنع عزلـه إذا قاعد الخصـم ثلاث مرات ، ومـقابل الأصح من كـلام المصنف يحتـمل أن يريد به المشـهور ، ويحتمل أن يريد به قول أصبغ .

وَلأَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ الاسْتِبْدَادُ مَا لَمْ يَشْتَرِطْ خِلافَهُ .

وهذا بخلاف الوصيين ، فإنه لا يكون لأحدهما الاستبداد ؛ أي : الاستقلال إلا بإذن، والفرق أن الموصي يتعذر منه النظر في الرد ، بخـلاف الموكل إن ظهر منه على أمر عزله ،

ونص صاحب «الجواهر »على ما ذكره المصنف ، وقرره ابن عبد السلام وغيره ، وفي «المدونة» في باب التخيير : وإن ملك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر كالوكيلين .

وهذا أيضاً مقتضى ما في «النوادر»[1] ؛ ففيها ، قال يحيى عن ابن القاسم : إذا وكل رجلين على تقاضي دين فمات أحدهما ، فليس للحي تقاضٍ إلا بإذن القاضي ، وأحب إلى أن يوكل القاضي رجلاً يرضاه يقبض معه إن وجد من بلد المستخلف إن خاف القاضي أن يتلف ماله ورأى للتوكيل وجهاً ، وإن كان مكان المستخلف قريباً وديونه مأمونة أمر الحي من الوكيلين أن يتوثق من الغرماء حتى يأمن من الدين التلف ، ثم يستأني به حتى يحوله الآمر وكالة ، انتهى .

وفي «المدونة» [2] في باب العتق قريب مما ذكرناه عنها في باب التخيير ، وأنه إذا قال لرجلين : أعتقا عبدي ، لا يكون لأحدهما العتق ، ونص اللخمي لما تكلم عليها : أنه لو وكل رجلين يبيعان له سلعة فباع أحدهما أن البيع لا يلزمه .

وإن هذا من كلام المصنف وابن شاس فاعلمه .

وَالْوَكَالَةُ بِأُجْرَة لازِمَةٌ كَالإِجَارَة ، وَيَجِبُ الْعِلْمُ بِالْعَمَلِ بِجَعْلِ ثَالِثُهَا : تَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ ، وبِغَيْرِهِمَا جَائِزَةٌ ، وقِيلَ : تَلْزَمُ الْوَكِيلَ كَالْهِبَة ....

لما ذكر أن وكيل الخصام ليس له عزل نفسه شرع في غيره ، وذكر أنها إذا كانت بعوض على وجه الإجارة كانت لازمة لكل واحد منهما بالعقد كسائر الإجارات ، ويجب العلم بالعمل ؛ لأن الجهالة بالإجارة لا تجوز ، وإن كان على وجه الجعالة فثلاثة أقوال ، وفهمها من كلامه ظاهر ، وهي مبنية على الخلاف في لزوم الجعل وإن كانت بغير عوض ، وأما الموكل فلا تلزمه بلا إشكال ، وأما الوكيل فذكر أنها جائزة فليس له فسخها ، وهو قول مالك وإليه ذهب ابن القصار وغيره من البغداديين .

وقيل : يلزمه ذلك لأنه كواهب منفعة ، والهبة لازمة بالقول على المعروف .

وظاهر كلام المصنف : أن هذا القول منصوص ، وهي طريقة اللخمي ، وتعلق بما

---

(١) « النوادر والزيادات (٧/ ١٩٥) .

(٢) « المدونة » (٧/ ٢٦٢) .

لمالك في «المبسوط» فيمن أبضع مع رجل بضاعة يشتري له بها سلعة بعينها فذهب الوكيل فاشترى بها ، ثم قال له بعد شرائها : إني لنفسي اشتريتها ؛ أنه يقبل قوله ويحلف إن أتهم ، وفي «ثمانية أبي زيد» لابن الماجشون أنها للآمر ، إلا أن يكون أشهد حين الشراء أنه اشتراها له .

وقال أصبغ : هي للموكل وإن أشهد ، ورأى عبد الحق[1] أن الخلاف إنما هو مخرج على الجعالة وعلى الخلاف في الهبة .

ابن عبد السلام : وهي طريقة غير واحد في نقل المذهب ، وابن رشد يرى أنه لا خلاف أن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء إلا في وكالة الخصام .

تنبيه : وفهم من كلامه جواز الوكالة في الجعالة على معنى : إن فعلت فلك وإلا فلا ، وهو أحد القولين في «المدونة» وغيرها .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الإِذْنِ أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكِّلِ إِلا إِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ الْمُخْتَلَفُ فِي ثَمَنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَا لَمْ يَبِعْ بِمَا يُسْتَنْكَرُ .

إذا تنازع الوكيل والموكل ؛ بأن يقول الوكيل : وكلتني على بيع السلعة ، ويقول ربها : لم أوكلك ، فلا شك أن الوكيل مُدَّعٍ ، وقوله : **(أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ)** مثل أن يقول : أمرتني ببيعها ، ويقول الآخر : بل برهنها .

ويشمل قوله : **(أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ)** الاختلافَ في قدر الثمن ، وفي جنسه ، وفي صفته ، وفي حلوله وتأجيله ، وحكم بأن القول قول الموكل في هذه المسائل ؛ لأنه مدعى عليه عمارة ذمته ما لم يبع بما يستنكر فيكون القول أيضاً للآمر ، وهذا الفصل متسع في كلام الأشياخ ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، وتركنا ذلك خوف الإطالة ، ويشكل كلام المصنف بمسألة «المدونة» إذا دفع إليه دراهم فاشترى بها تمراً ، وقال : بذلك أمرتني ، وقلت أنت : ما أمرتك إلا بحنطة ، قال فيها : فالمأمور مصدق مع يمينه .

ابن القاسم : لأن الثمن مستهلك كفوات السلعة ، نعم قال أصبغ : القول قول الآمر ، ولعل المصنف إنما تكلم على غير هذه الصورة وترك هذه لاشتراطها مع الصورة التي ذكر أن القول فيها قول المأمور ، وهي ما إذا اختلفا في قدر ثمن المبيع إذا فات .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ٥٠) .

كتاب الإقرار

الإقرار : وَالصَّبِيُّ ، والْمَجْنُونُ ، والْمُبَذِّرُ ، والْمُفْلِسُ ، والْعَبْدُ ، قَدْ تَقَدَّمَ

الإقـرار : إخبار المرء عن أمر اختص به في نفسـه ، وهو مصدر أقر يقر إقراراً ؛ أي : اعترف بالحق ، وهو راجع إلى شهادته على نفسه .

وله أربعة أركان : المقر ، والمقر له ، والمقر به ، والصيغة .

وبدأ المصنف بالكلام على المقر ، وذكـر أن إقرار الصبي وما عطف عليـه تقدم في باب الحجر .

والْمَرِيضُ لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ لِمَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ مِنْ وَارِثٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ مَخْصُوصَيْنِ .

يعني : والمريض لا يقبل إقراره لمن يتهم هو على جذب النفع إليه ؛ من وارث أو أجنبي مخصوصين بالاتهام عليهما ، لا كل قريب وأجنبي ، وبين ذلك بقوله .

فَالْوَارِثُ كَالبِنْتِ مَعَ ابْنِ الْعَمِّ وشِبْهِهِ ، وبِالْعَكْسِ يُقْبَلُ .

لما ذكر أنه إنمـا يمنع من الإقرار لوارث مخـصوص وأجنبي مـخصوص أخـذ يبين ذلك المخصـوص ؛ أي : فلا يـقبل إقـراره لبنته إذا كـان له ابن عم يرثه معـها ؛ لأن النـفوس مجبولة على رجحان البنت ، وبالعكس يقبل ؛ أي : أقر لابن عمه فيقبل لعدم التهمة .

والأَجْنَبِيُّ صَدِيقٌ مُلاطِفٌ ، والْمَرِيضُ يُورَثُ كَلالَةً ، وقِيلَ : يُقْبَلُ فِي الثُّلُثِ .

الواو في قوله : (**والْمَرِيضُ**) للحال ، **والكلالة** : الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد ، ولعل المصنف أراد هنا غير هذا ؛ أعني : ما لا ولد فـيها لما في وصايا «المدونة» ، وإن أقر لصديـق ملاطف ؛ جاز إن ورثـه ولد ، أو ولد ولد ، فإن ورثه أبوان أو زوجـة وعصـبة ونحوه لم يجـز ، فأبطل إقراره مع أن في الورثة أبوين ، وهذا هو المشهـور ، والقول بأنه يقبل في الثلث ويبطل ما زاد عليه رواية .

وعن ابن عبد الحكم : أن إقراره للصديق الملاطف لازم وإن كان يورث كلالة .

أبو محمد : وهو خلاف قول مالك ، وقال أحمد بن عيسى : أما الرجل الصالح الذي يعرف بالدين والصدق ولا يجهل ما في ذلك من الإثم ؛ فإقراره لصديقه الملاطف جائز .

وألحق في «البيان» [1] بالصديق الملاطف القريب غير الوارث ، فقال : إقرار الزوجة على أربعة أوجه ؛ إما أن يقول لوارث ، وإما للقريب غير وارث ، أو صديق ملاطف ، وإما لأجنبي ، وإما لمن لا يعرف من هو من هذه الثلاث ، فالأول : إذا كان المقر له في القرب بمنزلة من لم يقر له أو أقر ، فلا خلاف أنه لا يجوز .

ابن المواز : إذا لم يكن لذلك وجه يدل على صدقه وإن لم يكن قاطعاً ، إلا أن يكون المقر له عاقا والذي لم يقر له بارا له ، ففي جوازه قولان ، وإن كان المقر له أبعد ، فلا خلاف أن إقراره جائز ، واختلف إذا كان بعض من لم يقر له أقرب من المقر له وبعضهم بمنزلته ، أو كان بعضهم أقرب وبعضهم أبعد منهم على قولين ؛ فقيل : إنه يجوز ، وقيل: لا يجوز .

وأما إن أقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف ؛ فالمشهور : أن إقراره جائز إن ورث بولد لا كلالة ، وقيل بجوازه مطلقاً وهما قائمان من «المدونة» ، وقيل : إن ورث بولد جاز من رأس المال ، وإن ورث بكلالة فمن الثلث .

وأما الأجنبي فلا خلاف أن إقراره جائز ، فإن طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللُّقَطَة، وأما إن أقر لمن لا يعرف ؛ فإن كان يورث بولد جاز من رأس المال إن أوصى أن يصدق به عنه أو يوقف لهم ، واختلف إن كان كلالة ، فقيل : إن أوصى أن يوقف حتى يأتي طالبه جاز من رأس المال ، وإن أوصى أن يتصدق عنه لم يجز لا من الثلث ولا من رأس المال .

وقيل : إنه من الثلث وهو قائم من كتابة «المدونة» ، وقيل : إن كان يسيراً فمن رأس المال، وإن كان كثيراً لم يجز مطلقاً ، قال : وفي إقرار الزوج لزوجته بدين في المريض تفصيل.

وحاصله : أنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يعلم منه ميل إليها .

والثاني : أن يعلم منه البغض لها .

والثالث : أن يجهل ذلك .

فإن علم الميل لم يجز إقراره إلا أن يجيزه الورثة ، وإن علم منه البغض لها فإقراره لها جائز على الورثة ، فإن جهل فوجهان؛ إن وكل كلالة فلا يجوز إقراره لها ، وإن ورث

(١) « البيان والتحصيل » (٣/ ١٠٥) .

بولد فالولد لا يخلو أن يكونوا ذكـوراً أو إناثاً ، صغاراً أو كباراً ، واحـداً أو عدداً منها أو من غيرها ، فإن كان الولد أنثى يرثنه مع العصـبة ، سواء كن واحدة أو عدداً ، صغاراً أو كباراً من غيرها أو كباراً منها .

فيتخرج ذلك عندي على قولين :

أحدهما : أن إقراره لها جائز .

والثاني : لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك بنتاً وعصبة ، فإن كن صغاراً منها لم يجز إقراره لها اتفاقاً .

وأما إن كان الولد ذكوراً وكان واحداً ؛ فإقراره لهـا جائز ، فإن كان الولد عدداً فإقراره جائز ، إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضـهم كبيراً منها أو من غيرها فلا يجوز إقراره لها ، وإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجته عاقاً؛ لم ترتفع عنه التـهمة وبطل على مـا في سمـاع أصبغ من «العتـبية» وإحـدى الروايتين في «المدونة» ، وإن كان بعضهم عاقا وبعضـهم بارا به خرج ذلك على ما ذكرته من الاختلاف في إقراره لبـعض العصـبة إذا ترك ابنة وعـصبة ، وكـذلك الحكم سواء في إقـرار الزوجة لزوجها ، ولا فرق أيضـاً بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين ، أو بـأنه قبض ما له عليه من دين .

الْمُقَرُّ لَهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ عَبْداً أَوْ حَمْلاً .

أي : يشترط فـيه أن يكون أهلاً للاستحـقاق ، فلو قال : لهذا الحـجر أو الفرس عليّ ألف ؛ بطل ، وصح الإقرار للعبد أو الحمل ؛ لأنهما أهلان لذلك .

وَلَوْ قَالَ : لِحَمْلِ فُـلانَةَ عَلَيَّ أَلْفٌ لَزِمَهُ ؛ أَطْلَقَ أَوْ قَيَّدَ إِنْ وَضَـعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَقَلَّ مِنَ الإِقْرَارِ...

يعـني بـ(أَطْـلَـقَ) أن يقول : لحمل فـلانة عليّ ألف ، وبالتقييـد أن يقول من هبة أو صدقة، ولا إشكال إن قيد ذلك بوجه يصح للجنين كما ذكرنا ، وأما إن قال : أقرضنيها ، فقال سحنون : يلزمه أيضاً ويعد ذلك منه ندماً .

وقال ابن عـبد الحكم : إذا قال من كـراء هذا الجنان والفدان ، وخـرج عدم اللزوم إذا

أطلق ما فـي «الموازية» في القائل لك : عليَّ مـائة أو على فلان ؛ فـلا يلزمه لعـدم تحقق عمارة الذمة .

محمد : إلا أن يقول : عليَّ أو على ابن شـهر ؛ فتلزمه لكون ابن شـهر لا يصح أن يملك ولا أن يكتسب ، فـإذا رأى محمد أن التردد بين الرجلين يـبطل الإقرار ، وأن التردد بينه وبين صـبي بخلاف ذلـك ، وأنه كالقـائل : لفلان عـلى العبـد درهم ، أو عند هذا الحجر؛ دل على أن محمداً يبطل الإقرار لابـن شهر ، وإذا بطل لابن شهر فالحمل أولى ، وفي هذا التخريج نـظر ؛ لأن محمداً إنما صحح هذا الإقـرار في قوله : لك عليَّ أو على ابن شهـر ، لأنه إقرار على ابن شهر ، وابن شـهر يبعد في العـادة أن يكون عليه ألف ، بخلاف الإقرار فإنه يصح أن يملك ولا يمكن أن يخالف فيه .

وخرج بعـضهم أيضـاً البطلان في التقـييـد بما لا يصح أن يصدر من الحـمل من أحد القولين ، فيمن علق طلاق امرأته على مشيـئة الحجر ؛ إذ لا يلزمه ، ولا يعد ذلك ندماً ؛ لأن الحجر لا يقبل المشيئة أصلاً بخلاف الطفل .

وقوله : (**إِنْ وضَعَتْهُ لِستَّةِ أَشْهُرٍ**) هو شرط في لزوم الإقرار للحمل ؛ لأنه حينئذ تبين أنه كان موجوداً ، ولهذا قال :

وَإِنْ وضَعَتْهُ لأَكْثَرَ وهِيَ تُوطَأُ لَمْ يَلْزَمْهُ ، وإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَوْطُوءَةٍ لَزِمَ لأَرْبَعِ سِنِينَ .

ولو قال : فـإن وضعتـه لستـة ، لكان أحسن ؛ لأن حكمهـا حكم الأكثـر في اللعان وغيره، فإنما لم يلزمه إذا كانت موطوءة ؛ لاحتمال أن تكون إنما حملت بعد الإقرار ، وأما إن لم تكن مـوطوءة ، فـإنه يلزم لأربع سنين ، هكذا في «كـتـاب ابن سـحنون» ، ولعل المصنف اقـتصر على الأربع لكونـها المنصوصـة ، وإلا فالجـاري على المشهور كـما قـدمه خمس، ولو قـال : لدون أقصى أمـد الحمل لأجاد لـشموله ، وفـهم من كلامـه أنها لو وضعته لأكثر من مدة الحمل أنه لا يكون للمولود شيء ، ولا شك في ذلك .

وَلَوْ وضَعَتْ تَوأَمَيْنِ فَلَهُمَا ، أَوْ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا .

تصوره واضح ولم يكن للمـيت شيء ؛ لأنه لا يصح تملكه ، وهذا إذا وضعته مـيتاً ، وأما إن وضعته حيا ثم مات فلورثته .

وقوله : (**فَلَهُمَا**) أي : على التسوية ، ولا إشكال في هذا إن وضعته ذكرين أو أنثيين، وأما إن وضعته ذكراً وأنثى ، فإن أقر بـوجه لا يقتضي تفضيل الذكر على الأنثى فكذلك ،

وأما لو قال : لحمل فلانة عندي ألف من دين أبيه ؛ فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، قاله ابن سحنون وقاله ابن عبد الحكم ، إذا قال : هذه الدار لحمل فلانة ملكاً عن أخ شقيق ، وإن كانت المرأة زوجته فلها الثمن من ذلك ، وإن قال : عن أخ لأم فهو بينهما نصفان ، والثالث يقسم المال على ثلاثة فيأخذ كل واحد منهما جزءاً من الجزء الثالث ؛ يدعي الذكر كله وتدعي الأنثى نصفه ، فقد سلمت نصفه للذكر يأخذه ويبقى نصفه ويقسم بينهما لتداعيهما فيه ، فيكون للذكر سبعة من اثني عشر وللأنثى خمسة ، قال : وبالأول أقول ، قال : وإن قال هو ميراث لهما عن بعض قرابتهما ؛ كان بينهما نصفين إن مات المقر ، ويصح عندنا الإقرار للمجنون كالحمل بل هو أولى .

ولو أَكْذَبَ الْمُقَرُّ لَهُ لَبَطَلَ ، ولا رُجُوعَ لَهُ إلا بِإِقْرَارٍ ثَانٍ

يعني : أن من شرط إعمال الإقرار أن يصدقه المقر له ؛ إذ لا يدخل ملك المقر في ملك أحد جبراً ما عدا الميراث ، ونظيرتها المسألة التي قدمها المصنف في باب النكاح ، قال : لو قال : تزوجتك فأنكرت ، ثم قالت : نعم فأنكر ؛ فليس بإقرار ، لأن من شرط صحة الإقرار أن يتفق المقر والمقر له في تصديق كل واحد منهما صاحبه في وقت واحد .

الْمُقَرُّ بِهِ يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ .

كما لو قال : عندي شيء ، فيقبل تفسيره كما سيأتي .

ومَنْ أَقَرَّ أَوْ شَهِدَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، فَثَالِثُهَا : إِنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِجُرْحَةٍ لَمْ يُعْتَقْ .

اعلم أنه يشترط في إعمال الإقرار أن يكون المقَرُّ به في يد المقر ، ولذلك لو أقر بعبد في يد زيد أنه لعمرو لم يقبل إقراره على من هو في يده ، وعطف المصنف الشهادة على الإقرار ؛ لأن الشهادة إنما تكون عند الحاكم .

وقوله : (ثُمَّ اشْتَرَاهُ) لا يريد خصوصية الشراء ، بل وكذلك لو ملكه بأي وجه كان ؛ كهبة ، أو صدقة ، أو إرث ، وحكى ثلاثة أقوال ، القول الثالث لا يتأتى في مسألة الإقرار ، والقول بعتقه عليه في القضاء والفتيا هو المشهور ؛ لأنه معترف بكلامه أنه لا يقبل الملك ، والقول بعدم عتقه لأشهب وعبد الملك ؛ لأن إقراره على ملك غيره باطل .

أشهب : بشرط أن يحلف ، وأما إن نكل فإنه يعتق عليه .

ابن عبد السلام : وعلى هذا فيشترط ألا يتمادى على قوله الأول ، وأما إن تمادى عليه

فيعتــق ، الثالث للمغيرة خاص بمســألة الشهادة : إن ردت شهادة الشاهد بجـرحة لم يعتق عليه ، وإن ردت لـغير ذلك ؛ لأنه انفـرد بما شهـد عتق عليـه ، لأن الشهـادة كلما ردت بجرحة بطلت فلم يؤثر في العتق ، يريد : بشرط ألا يتمادى على إقراره .

وحكى ابن عبد السلام في باب الأقضية قوله : بأنه لا يعتق ولو تمادى على إقراره .

فرعان :

أولهما : لابن القاسم في «العتبية»[١] : فيمن أخبر عن رجل أنه أعتق عبده ، فإن أخبر أنه علم ذلك منه وسمعه أعتقه ، ليس بخبر غيره رأيت أن يعتق عليه ، قال في «البيان» : وهو تفسير «المدونة» .

الثاني : إذا فرعنا على المشهور فولاؤه عند ابن القاسم للذي أخبر عنه أنه أعتقه ، وقال أشهب والمغيرة : للذي عتق عليه .

الصِّيغَةُ : لَكَ عَلَيَّ ، أَوْ عِنْدِي ، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ .

هذا ظاهر ، واعلم أن الإمام قل أن يوجد له نص في مسائل الإقرار ، فلذلك تجد أكثر مسائله مشكلة كما سيظهر لك .

وَمِثْلُهُ : وهَبْتَهُ لِي ، أَوْ بِعْتَهُ مِنِّي .

يعـني : أن الألفاظ الأولى تجري مجرى الصريح ، وهذه تدل على ثبوت الحق لزوماً ، فقوله : **(وَمِثْلُهُ)** في ثبوت الحق ، **(وهَبْتَهُ لِي)** لأنه أقر له بالملك وادعى عليه ، نعم يحلف للمقر له أنه لم يبع بالاتفاق ، وفي توجيه اليمين عليه أنه لم يبع قولان .

وَلَوْ قَالَ : لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ ، فَقَالَ : سَاهِلْنِي فِيهَا وَشِبْهِهِ فَإِقْرَارٌ .

هكذا قال ابن عـبد الحكم ، وكذلك عنده إذا قـال : انتزعتهـا مني ، ولو قال : والله لأقضيـنَّكما اليوم ، أو قال : لا أعطيكمـا ، وقال : لا إنها لك ، وقال : لا تأخـذ اليوم مني فإقرار .

وحَتَّى يَأْتِيَ وَكِيلِي وشِبْهُهُ ، قَوْلانِ .

اللزوم لابن سحنون ، ومقابله لابن عبد الحكم .

ابن ســـحنون : ولو قال حـتى يدخل علي من فائدة أو ربح ، أو حتى يقـدم مالي أو

(١) « البيان والتحصيل » (٥/ ٢٦٧) .

غلامي ، أو حتى يأتي وكـيلي ، أو يقضي غريمي ؛ فهو إقرار ، وقـال ابن عبد الحكم : اتزن أو اجلس ، فانتـقد أو زن لنفـسك ، أو حتى يأتي وكيلي يزن لـك ؛ فليس بإقرار ، حلف كما قـال : حتى يأتي وكيلي أو غلامي الذي فكها منك ؛ فهـو إقرار منه أن الوكيل أو الغلام قـبضها وليس بإقـرار منه أنها عليه ، وقـد يقول : حتى يأتي وكـيلي أو غلامي فاسأله ، ومنشأ الخلاف هل ذلك وعد بالقضاء أو كالاستهزاء .

ابن عبـد السلام : والأظهر من جهة اللغة قول ابن عبد الحكم ، ومن جهة العرف قول سحنون .

ولَوْ قَالَ : مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا ، مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا وشِبْهَهُ ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ .

لأن كلامه ظاهر في الاستهزاء .

ابن عبد السلام : وكذلك إذا أجاب بقوله : ما أبعدك منها وحده .

ولَوْ قَالَ : أَلَيْسَ لِي عِنْدَكَ أَلْفٌ ، فَقَالَ : بَلَى أَوْ نَعَم لَزِمَهُ .

فإن كلامه في (**بَلَى**) ظاهر ؛ لأنها توجب النفي ، وأما (**نَعَمْ**) فإنما ألزم بها قضاء على عرف الناس ، وإما على مـقتضى اللغة على المذهب الصـحيح ؛ لأنها تقرن مـا قبلها من النفي أو غيره ، ولهذا قال ابن عـباس -رضي الله عنه- في قوله تعالى : ﴿ **أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ** ﴾ [الأعـراف:١٧٢] لو قالوا : نعم لكفروا [١]؛ أي : لأنهم قالوا لسْتَ بربنا ، وينبغي إذا صـدر نعم من عارف باللغـة ألا يلزمه شيء ، ولبـعض النحويين أن (نَـعَـمْ) كـ(**بَلَى**) ، قال في «كتاب ابن سحنون» : ومن قال لرجل : أليس قد أقرضتني أمس ألف درهم ، فقال الطالب: بلى أو نعم ، فجحد المقر بالمال يلزمه ، ولو قال : أما أقرضتني ، أو قال : ألـم تقرضني ، فـهو سـواء يلزمه إذا ادعى الطالب المال ، وهذا نـحو مـا ذكره المصنف ، لكن قال ابن عبد الحكم : يحلف المقر ولا يلزمه شيء ، وإنما سأله لاستفهام ما عنده من العلم ، فليس قوله : أليس بإقرار ، وكذلك قوله : ألم تقرضني كذا ؟

خلـيل : وهذا موافق لقول أكثر النحويين ، فإن ابن عبد الحكم ساوى بين الجواب ببلى ونعم ، وحمل الكلام على الاستفهام كما ذكر لا على أنه أقر ، حتى ينظر في جواب المقر هل وافق على ذلك الإقرار ، أم لا .

---

(١) انظر « تفسير القرطبي » (٢/ ١٢) .

ابن عبد الحكم ، وابن المواز : وأما إن قال : لا أوفيك العشرة الدراهم التي لك عليَّ ، فقال : لا ؛ فهو إقرار ويغرم العشرة ، قال : وإنما استفهم ذلك الإقرار في القضاء .

الْمُجْمَلَةُ : لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ فيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ وإِنْ قَلَّ .

لأن شيئاً أنكر النكرات فيصح أن يفسر بكل شيء ، وإن خالفه المقر له حلف على رد دعواه ، وفي «كتاب ابن سحنون» : فيمن أقر أنه غصب فلاناً شيئاً ولم يبينه ، ثم قال : هو كذا ، وقال الطالب : هو كذا ولم يقل شيئاً ؛ القول قول الغاصب فيما ذكر مع يمينه ، وإن ادعى الطالب غيره ؛ فإن نكل الغاصب فالقول قول الطالب مع يمينه ، فإن أبى المقر أن يسمي شيئا جبر أن يسمي ما أقر به ، وإلا سجن حتى يذكر شيئاً وإن طال قوله ، وقيل: هكذا وقع في بعض النسخ وهو صحيح ؛ لأن هذا منسوب لابن الماجشون ، وفي بعضها : وقالوا : ولعل ذلك من المصنف إشارة إلى تخريج الخلاف في كل من المسألتين ، والفرق بينهما ؛ أن عرف الناس في قولهم : له عندي مائة وشيء أنها مائة كاملة ، بخلاف ما إذا أقر بشيء مفرداً .

ابن شاس(١) - بعد أن ذكر كلاماً عن ابن الماجشون -: ولو قال : مائة وشيء ؛ اقتصر على المائة لأن الشيء الزائد لا يمكن رده إلى تقدير ، كرد الشيء المستثنى فيبطل ؛ إذ هو شيء لا مخرج له .

ابن راشد : وحكى غيره عن ابن الماجشون أنه قال : إذا أقر في مرضه بعشرة دنانير وشيء ثم مات ولم يُسأَلْ ؛ أن الشيء يسقط لأنه مجهول ويلزم ما سمى ، وكذلك لو شهدت بينة بذلك على رجل ولم يعرف كم الشيء ؛ فيسقط الشيء ويثبت العدد ، فقوله: ثم مات ولم يُسأل ، يقتضي أنه لو عاش سئل ، ومقتضى ما حكاه ابن شاس أنه لا يُسْأَل، انتهى .

ولَهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ أَوِ الأَرْضِ أَوِ الْحَائِطِ حَقٌّ وفَسَّرَهُ بِجِذْعٍ أَوْ بَابٍ مُرَكَّبٍ ، فَثَالِثُهَا : الفَرْقُ بَيْنَ مِنْ وفِي ....

القولان الأولان لسحنون ، فإنه يقول أولاً يقبل ذلك منه ، ثم رجع إلى أنه لا يقبل ، والثالث لابن عبد الحكم : إن قال (مِنْ) لم يقبل منه ما ذكر ، ورأى أن (مِنْ) للتبعيض ،

---

(١) « الجواهر » (٢/٨٣٨) .

ورأى كونها لابتداء الغاية أو غـير ذلك بعيد ، أو إن قال : (فِـي) قبل منـه ذلك ؛ لأنها تقـتـضي الظرفـية ، فظاهـره أن الحق في الدار لا من الدار ، وظاهر مـا في «النوادر» أن الخلاف إنما هو في (فِي) ، وأما (مَنْ) فلا يقبل منه إلا أن يقر بشيء من رقبة الدار ، وقاله ابن رشد ، وأمـا إن لم يقيد بالدار بل قـال : لك عليَّ حق ، فهو مـثل قوله : لك عليَّ شيء ، فلو فسره بأن قـال : أردت حق الإسلام ؛ ففي كتـاب ابن سحنون : لا يصدق ، ولابد أن يقر بشيء له ويحلف علـى نفي دعوى الطالب إن ادعى أكثر منه ، قـال : وكان سحنون ينظر فيه على نحو ما ينزل مما يتكلمـان فيه ، وإن كانا تنازعا في ذلك المال أخذناه بذلك ، وإن تنازعا فيما يجب لبعض على بعض من حق وحرمة لم يؤخذ هذا المال .

ولَهُ عَلَيَّ مَالٌ ، قيلَ : نِصَابٌ ، وقِيلَ : رُبُعُ دِينَارٍ ، أو ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ ، وَقُبِلَ تَفْسِيرُهُ .

الأول هو المشهـور في المذهب وهو منسوب لابـن وهب ، وقوله : (**نِصَــابٌ**) أي : عشرين ديناراً من الذهب ومائتا درهم من الورق ، ومثله لابن المواز فيمن أوصى أن لفلان عنده مالاً .

والقـول الثاني لابن القـصار ، وذكـر أنه لا نص لمالك في ذلك ، وأن ذلك هو الذي يوجبه النظـر عنده على مذهب مالك ، والقول الثـالث في كتاب ابن سحنون وهو اخـتيار الأبهري .

ومَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ ، وقِيلَ : مَا زَادَ عَلَى النِّصَابِ ، وقِيلَ : قَدْرُ الدِّيَةِ .

قال الأبهري ، إذا قـال له : علي مال عظيم أو نفيس ؛ فهو مـثل قوله : عليَّ مال ، فيقبل تفسيره ، وقال غيره : يلزمه ثلاثة دراهم أو ربع دينار .

وقال ابن القصار : الذي يقوى في نفسي أنه يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق ، وقاله سحنون وغيره ، وهذا معنى قوله : (**ومَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ**) .

وقوله : (**وقِيلَ : مَا زَادَ عَلَى النِّصَـابِ ، وقِيلَ : قَدْرُ الدِّيَةِ**) أي : هذان القولان زائدان على الثلاثة المتقدمة في المسألة السابقة ، وفي عد المصنف لهما قولين نظرٌ ؛ لأن ابن شاس وغيره ذكـروا أن عبد الوهاب رأى أنهما وجـهان تحتملهما المـسألة فقط ، على أن هذا كله استحسان .

ولَهُ كَذَا مِثْلُ شَيْءٍ .

أي : فيقبل تفسيره ، وقد تقدم أن (شيئاً) أنكر النكرات عند النحويين فيكون أنكر من كذا .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر كلام الفقهاء فـ(شيء) يقبل التفسير بأجزاء المتملكات ، وكذا لا يفسر بالأجزاء وإنما يفسر بالواحد الكامل .

فَأَمَّا كَذَا دِرْهَماً فَعِشْرُونَ .

لأنه إنما يميز بالواحد المنصوب من العشرين إلى التسعين ، فأثبت المحقق وألغى المشكوك؛ لأن الأصل براءة الذمة ، لكن يحلف عليه إن ادعى المقر له أكثر .

وكَذَا كَذَا دِرْهَماً أَحَدَ عَشَرَ .

لأنه كناية عن المركب ، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر .

وكَذَا كَذَا أَحَدٌ وَعِشْرُونَ .

لأن المعطوف في العدد غير المركب من أحد وعشرين إلى تسع وتسعين ، وعلى هذا لو قال : كذا درهم ؛ للزمه مائة ، لأنها أول عدد يضاف إلى المركب ، ولو قال : كذا دراهم لزمته ثلاثة .

وما ذكره المصنف هو قول ابن عبد الحكم ، وهو جار على مقتضى اللغة ، وينبغي هنا أن يرجع إلى العرف ولهذا قال :

وقَالَ سحْنُونٌ : مَا أَعْرِفُ هَذَا ، ويُقْبَلُ تَفسِيرُهُ ، ولَهُ خَمْسُونَ ونَيِّفٌ فَقِيلَ: فَتَفْسِيرُهُ ، وقِيلَ : ثَلاثَةٌ ، وقِيلَ : ثُلُثُ الأَوَّلِ ....

تفسيره : يقبل تبيينه ولو بجزء من واحد ، وهو قول ابن شعبان ، والقولان الآخران حكاهما في «النوادر» ولم يعزهما .

ابن عبد السلام : إن أقربهما إلى اللغة الثاني .

الجوهري[1] : النيف الزيادة يخفف ويشدد وأصله من النواف ، يقال : عشرة ونيف ، ومائة ونيف ، وكلما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني ، قال : وهذا يدل على فساد القول الثالث ؛ لأن ثلث الخمسين يزيد على الستين .

---

(١) « الصحاح » (٢/ ٢٤٠) .

ابن عبد السلام : وقد يقال هذا إنما يرجع إلى الأول ؛ لأنه إنما قال : النيف لمطلق الزيادة لا يقيد كونها ثلاثة ، وينبغي أن يعول على العرف إن كان وإلا فعلى اللغة .

وفي أَلْفٍ ودِرْهَمٍ وشِبْهِهِ ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ مِثْلَ أَلْفٍ وَوَصِيفٍ قَبْلَ تَفْسِيرِهِ ، وإلا فَمَعْطُوفُهَا....

يعني : اختلف إذا ذكر عدداً مبهماً ثم عطف عليه عدداً مفسراً ، هل يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه أولاً فيقبل تفسيره في المعطوف عليه ، أو يفرق ؟ فإن كان المعطوف جرت العادة بالتعامل به كالدرهم والفلس والبيضة والجوزة ؛ كان مفسراً للمعطوف عليه أولاً كوصيف وكتاب ، فيقبل تفسيره مطلقاً لابن القصار ، ولا أعلم صاحب مقابله ، وفيه إشكال في مثل ألف ووصيف ، والثالث في «كتاب ابن سحنون» .

وَالْوَصِيَّةُ بِجُلِّ الْمائة وقُرْبِهَا ونَحْوِهَا ، قِيلَ : الثُّلُثَانِ فَمَا فَوْقَهُ بِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ ، وقِيلَ : الثُّلُثَانِ ، وقِيلَ : خَمْسُونَ .

الأول نقل سحنون أن عليه أكثر الأصحاب ، قال ، وقال بعضهم : يلزمه ثلثا المائة ، وقال آخرون : يلزمه النصف وشيء ، وذلك أحد وخمسون وفيه بعد ؛ إذ لا يستعمل في العرف جل المائة وقربها ونحوها في أحد وخمسين .

وقَالُوا فِي مِائَةٍ إلا قَلِيلاً ، وإِلا شَيْئاً كَذَلِكَ .

أي : قال القائلون الثلاثة في المسألة السابقة هنا كذلك ، وكذلك النقل ، ويحتمل عدها على أهل المذهب ، وهذه المسألة نص عليها سحنون في الوصية وجعلها مع الأولى مسألة واحدة .

فإن قيل : فلم قال المصنف قالوا: ومن عادته ألا يفعل ذلك إلا للإشكال؟

قيل : لأنه رآها بخلاف ما بعدها ، وهو قوله :

وَقَالُوا : لَوْ أَقَرَّ بِمائَةٍ إلا شَيْئاً لَزِمَهُ أَحَدٌ وتِسْعُونَ ، وفِي عَشَرَةِ آلافٍ إِلا شَيْئاً تِسْعَةُ آلافٍ ومِائَةٌ ....

ولعله أشار إلى تخريج الأقوال السابقة ، وتخريج هذا القول في المسألة السابقة ، ويحتمل أن يكون أشار إلى ضعف ما أشار إليه ابن شاس وغيره ؛ لأنهم أتوا بالمسألتين

السابقتين في باب الإقرار ، فيفهم من ذلك أنهم رأوا أن باب الإقرار مساو لباب الوصية ، وإلا لما أتوا بالمسألتين في باب الإقرار .

أشار المصنف إلى ضعف هذا وأنه لا ينبغي أن يخـرج من أحدهما في الأخرى ؛ لأنهم قضوا في الوصية بمائة إلا شيئاً على حكم آخر ، وفي هذا بعد ، وفي قوله : (**وَقَالُوا : لَوْ أَقَرَّ... إلخ**) نظر ؛ لأن كلامه يقتضي أن أهل المذهب كلهم أو أكثرهم قالوا هذا ، إنما هو لابن الماجشون .

ابن عبد السلام : ولا نعلمه لغيره ، وهو مبني على مذهبه أنه لا يجوز استثناء الصحيح من العدد ، وإنما يجوز اسـتثناء الكسر ، فلا تجوز عـنده : له عليَّ عشرة إلا درهم ، وإنما يجوز إلا نصف درهم وشبهه ، ولا يجوز مائة إلا عشرة ؛ لأن العشرة آحاد المائة ، فلذلك لزمه أحد وتسعـون اكتفاء بمطلق القلة عن عشرة ، وكـذلك لا يجوز عنده عشرة آلاف إلا ألف ؛ لأن نسبـة الألف إلى العشرة كنسبة العشـرة إلى المائة ، ولذلك لزمه تسـعة آلاف ومائة.

ودِرْهَمٍ عَلَى التعَامُلِ بِهِ عُرْفاً ولَوْ مَغْشُوشَةً ، وإِلا فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ منَ الْفِضَّةِ .

وإن لم يكن عرفٌ فيحمل على الدرهم الشرعي ، وهو معنى قوله : (**فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَـارٍ**) أي : على ما تقدم في باب الزكاة ، وينبغـي إن كان في البلد دراهم مختلفة الوزن والجودة أن يحمل كلام المقر على أقلها وزناً وصفـةً ، فإن خالفه المقر له حلف كما تقدم ، وينبغي أن يقيد ما ذكره من إلزامه الدرهم الشرعي إذا لم يكن عرف بما إذا كان تكلم بمتعدد فالدرهم الشرعي .

فَلَوْ فَسَّرَ مُتَّصِلاً قُبِلَ .

أي : إذا قال متصلاً ناقصاً أو مغشـوشاً قبل ذلك منه ، ولا يقبل إذا كان غير متصل ، وهكذا قال ابن المواز ، وهو صحـيح إن فسرها بما يقبله الكلام على بعـد ، وأما إن قال : درهم رصاص وشبهـه لم يقبل ، وصرح في «الجواهر» بأنه لا يقبل تفـسيره في الفلوس ؛ أي: سواء كان متصلاً أم لا .

ابن عبـد السلام : ولعل مراد المؤلف أن المقر لم يبين الوجه الذي تعلقت به الدراهم في الذمة ، وأما لو أقر بأنها تقررت من بيع وخـالف في ذلك المقر له ؛ لرجع الحكم فيها إلى

ما تقدم من اختلاف المتبايعين ، ولو قال : من فرض ، فإن أقر بما يقرضه الناس غالباً قبل منه ، وإن أقر بما لا يقرضه الناس غالباً ، فقال سحنون : اختلف أصحابنا فيمن أقر بفلوس ، وقيدها بأنها الفلوس الكاسدة وأنها من قرض ، قال بعضهم : يقبل .

وقال بعضهم : لا يقبل ، ولو وصل إقراره بقوله: إنها وديعة ، ثم ذكر بعد ذلك أنها زيوف أو بهارج لقبل ذلك منه ، بخلاف أن لو كان ذلك من غصب أو قرض ، وذكر ابن عبد الحكم فيمن أقر بدراهم وديعة ثم قال : هي مغشوشة ، فإنه اختلف قول ابن القاسم هل يقبل ذلك منه ، أم لا .

وَدَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ ، قِيلَ : أَرْبَعَةٌ ، وَقِيلَ : تِسْعَةٌ ، وقِيلَ : مائَتَانِ .

الأول لابن عبد الحكم ، **ووجهه** : أنه قال دراهم ، فلزمه ثلاثة حملاً على أقل الجمع؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد فزيد لأجل الكثرة درهم ؛ لأن ما زاد على ذلك مشكوك فيه، ويفهم من هذا أن ابن عبد الحكم يوافق مالكاً في لزوم ثلاثة في قوله : عندي دراهم، ومخالف لابن الماجشون في قوله : إنه لا يلزمه إلا درهمان ، بناءً على أن أقل الجمع اثنان ، قوله : (**وَقِيلَ : تِسْعَةٌ**) لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات ، وقيل: مائتان ؛ لأنهما نصاب الزكاة ، وفي هذين ضعف .

ابن راشد : وقيل : يلزمه خمسة ؛ لأن الأعداد منها قليل وكثير ، ولا قليل ولا كثير ، والقليل ثلاثة ، ولا قليلاً ولا كثيراً أربعة .

وقال عبد الوهاب في «المعونة» (١): تلزمه ثلاثة لأنه أقل الجمع ، وهي كثيرة بالنسبة إلى الاثنين .

ولا قَلِيلَةٌ ولا كَثِيرَةٌ أَرْبَعَةٌ .

هكذا نص عليه ابن عبد الحكم ، ولعله كالمخالف لقوله في التي قبلها ، وهذا كله استحسان .

وَمِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ ، قِيلَ : تِسْعَةٌ ، وَقِيلَ : عَشْرَةٌ .

لا شك في دخول الدرهم الأول ، فالقولان في الدرهم العاشر مبنيان على أن ما بعد

---

(١) « المعونة » (٢/ ٢١٢) .

(إِلَـــى) هل يدخل أم لا؟ وقد اخـتلف أهل اللغة في ذلك ، ولذلك اختلف الفـقهاء في المرفقين وغيرهما .

وَمَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ ، قَالَ سحْنُونٌ : عَشَرَةٌ مرَّةً ، وتِسْعَةٌ مرَّةً ، وثَمَانِيَةٌ مَرَّةً .

حقيقة الكلام تمنع الدرهم الأول من الدخول ، وقولان في الدرهم العاشر كالقولين في الفرع السابق ، ويرى من ألزمه الدرهم الأول أن العرف يقتضي ذلك .

وعَشَرَةٌ فِي عَشَرَةٍ ، قِيلَ : عِشْرُونَ ، وقِيلَ : مائَةٌ .

الأول أقرب إلى عرف العامة ، **والثاني** لسحنون وهو الجاري على اصطلاح الحساب ، ولو فرق بين أهل الحساب وغيرهم لكان حسناً .

بِخِلافِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ فِي عَشَرَةِ دَنَانِيرَ ، وبِخِلافِ عَشَرَةٍ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهَا عَشَرَةٌ فِيهِمَا .

لأن ضرب الحساب هنا لا يتأتى ؛ لاخـتلاف الجنس ، فيكون المعنى : له عندي عشرة دراهم ووعاؤها عشرة دنانير .

ابن عبد السلام : وهذا هو الذي يعطيه كلام المؤلف لتعقبه بالكلام على الوعاء .

وثوبٍ فِي صُنْدُوقٍ أَوْ فِي مِنْدِيلٍ ، فِي لُزُومِ ظَرْفِه قَوْلانِ .

يـعنـي : إذا قال له عندي ثوب في صندوق أو في منديل ونحـو ذلك ، فلا خلاف في لزوم الثوب ، واختلف في الظرف ، فقال سحنون عن أبيـه فيمن قال : غصبت فلاناً ثوباً في منديل ، يأخذه بثوب ومنديل ويكون مـصدقاً في صفتهمـا ، وكذلك عشرة أثواب في عيبة ، وقال ابن عبد الحكم : لا يلزمه المنديل ولا العيبة .

قال في «النوادر»(١) :ولو قال : غصبتك ثوباً في ثوب لزمه ثوبان ، وكذلك عشرة في ثوب لزمه أحـد عشر، بخـلاف ثوب في عشرة ، فـإن العرف أن الثـوب يكون وعاء لمثله ويكون وعاء العشرة ، ولا يكون الثوب في عشرة أثواب .

قال : وفي المسألة قولان -أي : في ثوب في عشرة أثواب- :

أحدهما : لا يلزمه إلا ثوب .

والثاني : يلزمه أحد عشر ، انتهى بمعناه .

(١) « النوادر والزيادات » (٩/١٣١) .

بِخِلافِ زَيْتٍ فِي جَرَّةٍ .

ظاهره أنه يتـفق هنا على لزوم الجرة ، والفـرق بينه وبين الأول ؛ أن الزيت يفتـقر إلى الجرة ، بخلاف ما تقـدم وليس كذلك ، فإنه حكى في «النوادر»[1] الاختـلاف هنا عمن حكى عنه الخلاف في المسألة السابقة .

وجُبَّةٍ بِطَانَتِهَا لِي ، وخَاتَمِ فِضَّةٍ لِي نَسَقاً يُقْبَلُ .

هذا إذا كان إقراره مجرداً عن الغصب ، وأما إن قـال : غصبته هذا الخاتم وفصه لي : فقال أشهب ، وابن سحنون : هذا مثل الإقرار المجرد .

وقال ابن عبد الحكم : الفص للمقر له ،ولو قال : لا أعلم ، لحلف ما علم ذلك وكان له الفص .

واحترز بقوله : **(نَسَقاً)** مما إن ذكر ذلك بعد مهلة فإنه لم يسمع منه ، وحكى ابن المواز عن ابن عبد الحكم ووافقه في القائل في باب : هذه خـشب ، هذا الباب لفلان ومساميره لي ، أو خشبه لـي ومساميره لفلان ، فهـو كما قال ويكونان شريكين بمقدار المـسامير من الخشب .

ابن المـواز : وإن قال : هذا الباب لفلان ومساميـره لي : فقال أشهب : هو كما قال ، وكأنه عنـدنا ليس باستثنـاء من ابن عبد الحكم ، وأنـا أرى أن الباب كله للمقـر له وليس باستثناء .

وَلَوْ أَشْهَدَ فِي ذِكْرٍ بِمِائَةٍ ، وفِي آخَرَ بِمِائَةٍ فَآخِرُ قَوْلَيْهِ مِائَةٌ .

يعني : إذا أقر على نفسه في وثيقة ، وهي معنى قوله: **(فِي ذِكْرٍ)** أن لفلان عليَّ مائة ولم يذكر سببهـا ، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة ، فآخر قـولي مالك : إنما تلزمه مائة ؛ لاحتـمال أن تكون المـائة الأولى من الثانيـة ، ويحلف المقر على ذلك ، ورأى في الـقول الآخر أن الغالب أنه إنما أشهد في الذكر الآخر بحق آخر .

سحنون : واتفق الأصحاب جميعاً أنه إذا أقر له بمائة بعد المائة فلا يلزمه إلا بمائة ؛ أي: بخلاف الإشهاد أما لو ذكر السبب وكان السببان مختلفين ؛ لزمه مائتان بلا إشكال .

---

(١) « النوادر والزيادات » (٩/ ١٣١) .

ابن عـبد السـلام : وكذلك عندي إذا كان الإقرار مجـرداً ، غير أن إحدى المائتين حالة والأخرى مؤجلة وتاريخها بعد تاريخ الأولى .

وبِمِائَةٍ وبِمائَتَيْنِ فِي مَوْطِنَيْنِ ، ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ الأَكْثَرُ أَوَّلاً لَزِمَتْ ثَلاثُمائَةٍ .

يـعني : إذا أقر بمائة في موطن ثم أقر بمائتين أو تقدم الإقـرار بالمائتين ، فقال محمد : يلزمه ثلاثمائة نظراً إلى اختلاف المالين .

وقال ابن سحنون : اضطرب قـول مالك في هذا ، وآخر قوليـه أن يحلف المقر ما ذاك إلا مال واحد ، ثم لا يلزمه إلا مائتان ، وبه أخذ ابن عبد الحكم وابن سحنون ، ونقل ابن حبيب عن أصبغ التفرقة ، فـإن أقر بالأقل أولاً صدق المقر ؛ لأن الأقل دخل في الأكثر ، وإن أقر بالأكـثر فهمـا مالان ؛ عادة الناس إذا تقـدم الأقل ثم زادوا عليه أن يجمـعوه مع الأقل ، بخلاف ما إذا تقدم الأكثر ، ولهذه المسألة والتي قبلها شبه بتكرر الوصية .

تَعَقَّبَهُ بِالرَّافِعِ .

أي : تعقب الإقرار بما يتوهم أنه رافع .

فقَالَ : أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ وشِبْهِهِ فَأَنْكَرَ لَزِمَهُ ، بِخِلافِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ خَمْراً بِأَلْفٍ .

لأن قوله : عليَّ ألف ، إقرار منه بألف ، وقوله بعد ذلك : إنها من ثمن خمر أو ميتة أو شيء لا يصلح بيعه يعد ندماً ، ولذلك إذا أنكر لزمه الألف .

ابن عبـد السلام : وهذا صحيح على قول من يبعض كلام المقر من أصحابنا ، وأما من لا يبعضه فالأقرب أنه لا يلزمه شيء ؛ لأن أول الكلام مرتبط بآخره .

وقوله : (**بِخلاف... إلخ**) أي : فلا يلزمه شيء ؛ لأنه هنا لم يقر بشيء في ذمته .

وكَذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ ولَمْ أَقْبِضْهُ .

أي : وكذلك تلزمه الألف ؛ لأن قوله : (**ولَمْ أَقْبِـضْهُ**) يعد ندماً كالأول ، وهذا قول ابن القاسم وسحنون وغيرهما .

ابن شاس(١) : وقيل : القول قوله وعلى البائع البينة أنه سلم العبد إليه .

---

(١) « الجواهر » (٢/٨٣٨) .

بِخِلافِ اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ ولَمْ أَقْبِضْهُ .

أي : فلا يلزمـه شيء ؛ لأن قوله : (**اشْـتَرَيْتُـهُ**) لا يوجب عمارة الـذمة ، إلا بشرط القبض في البيع فهو لم يقر به ، وفيه بحث لا يخفى عليه .

وعَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ حَرِيرٍ ، ثُمَّ أَقَـامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رِباً ؛ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ ، كَمَـا لَوْ قَالَ : أَلْفٌ قَضَيْتُهُ ....

هكذا وقع في بعض النسخ حرير ، وكذلك وقع في نسخة **ابن راشد** وابن شاس وهو الصواب ، وما وقع في بعض النسخ خنزير فليس بصحيح ؛ لقوله : (**ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رِباً ؛ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَلْفٌ**) إذ هو حرام من أصله ، ومعنى كلامه : إذا أقر لفلان أن له عليه ألف درهم .

قال في «الجواهر»(١) : ثم أقام بينة أنه ربا ، وقال سحنون : تقبل منه البينة أن ذلك ربا ويرد ذلك أصل رأس ماله وبالأول قال سحنون .

خلـيل : وعلى هذا فالمسألة على ثلاثة أوجـه ؛ إن لم يكن إلا دعواه أنه ربا ؛ لم تقبل اتفاقاً ، وإن أقـام بينة على إقرار الطالب أن التبايع لم يقع بينهـما إلا على الربا الذي ادعاه المقر ؛ قبل باتفاق ، وإن قالت البينة نشهـد أن له عليه ألفاً من ربا ، وفي معناها أن تشهد على أن الطالب أقـر أن عنده ألفاً من ربا ، فـالأصح عدم القـبول خـلافاً لابن سـحنون ، وصحح المصنف الأول ؛ لأنه لا منافاة بين هذه الشهـادة وبين ما ذكر المقر ؛ لإمكان وقوع يتعين منهـما اشترى منه حريراً بألف فـي زمان واشترى منه بعد ذلك أو قـبله من الأشربة الربوية بألف .

وقـوله : (**كَمَـا لَوْ قَالَ : أَلْفٌ قَضَيْـتُهُ**) أي : لا تقبل بينته أنه ربا ، كـما لا يقبل منه دعوى القضاء في قوله : عليَّ ألف لفلان قضيته .

بِخِلافِ إِقْرَارِ الْمُقَرِّ لَهُ .

أي : بأنه ربا ، ولا إشكال في هذا .

وأَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ يَلْزَمُهُ.

هكذا نقل ابن سحنون عن جميع أصحابنا ، ووجهه أنه لما لفظ بإقرار فقد علمنا أن الله

---

(١) « الجواهر » (٢/٨٣٨) .

شاء بحكمـه ، والقاعدة أن الاستثنـاء بالمشيئة لا يفيـد في غير اليمين بالله تـعالى ، وقال محمد بن عبد الحكم : لا يلزمه شيء ، وكأنه أدخل ما يوجب الشك ، واختلف أيضاً في القائل : لك عليَّ ألف إن قضى الله تعالى ذلك ، وإذا أراد الله ، أو إن رضي الله ، أو إن أحب الله ذلك ، أو يسر الله ذلك ، فألزمه سحنون ولم يلزمه ابن المواز .

وأَلْفٌ فِي عِلْمِي ، أَوْ ظَنِّي وشِبْهِهِ قَوْلانِ .

(وشِبْهِهِ) أي : فيما أظن ، أو أعلم ، أو أرى ، أو في اعتقادي ، أو فيما يحضرني ، أو فيمـا أحسب ، واللزوم لسحنون ، وعـدمه لابن عبد الحكم وابن المواز ، وقـاسا ذلك على الشهادة ، فإن هذه الألفاظ تبطلها ، بخلاف الإقرار .

وأَلْفٌ مُؤَجَّلٌ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي تَأْجِيلِ مِثْلِهَا عَلَى الأَصَحِّ بِخِلافِ مُؤَجَّلَةٍ فِي الْقَرْضِ .

يعـني : أن من أقر بمال مؤجل ، فإن كـان من قرض لم يصدق وحلف المقر له إن أنكر الأجل ؛ لأن الأصل فيه الحلول .

وإن كان من بيع ، فإن ادعى أجلاً مستنكراً لم يصدق وحلف المقر له ، وإن ادعى أجلاً لا يستنكر ، فقولان :

أحـدهـمـا وهو الذي قدمه ابن شـاس وصححه المصنف : أنه لا يلزمـه ما أقر به من التأجيل .

والثـاني حكاه ابن شعبان : أن المقـر له يحلف وتكون الألف حالة ؛ لأنه أقر بالألف وادعى التأجيل .

ولعل منشأ الخلافِ الخلاف في تبعيض الجمل .

وأَلْفٌ إِنْ حَلَفَ فَحَلَفَ ، أَوْ شَهِدَ بِهَا فُلانٌ فَشَهِدَ ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ .

لأن من حجـته أن يقول : ظننت أنه لا يحلف إلا علـى الحق ، ويقول : ظننت أنه لا يشهد إلا بالحق ، وقد تبين لي خـلاف ذلك ، ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى ، ونقل ابن سحنون الاتفاق على ذلك ، فقال : إن قال : لفلان عليَّ مائة دينار إن حلف ، أو إذا حلف ، أو حين يحلف ، أو مع يمينه ، أو في يميـنه ، أو بعد يمينه ، فـحلف فلان على ذلك ونكل المقر ، وقال : ما ظننت أنه يحلف ؛ فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا ، ولذلك قال محمد بن عبد الحكم : إذا قال: لفلان عليَّ مائة إن حلف فيها ، أو ادعاها ،

أو مهما حلف بالعتق أو الطلاق أو الصدقة ، أو قال : إن حلف مطلقاً فلا شيء على المقر بهذا وإن حلف الطالب ، وكذلك قال اشهد ذلك أو كان يعلم أنها له ، أو قال : إن أعارني دابته فأعاره ، أو قال : إن شهد بها فلان فشهد بها على المقر ؛ فلا شيء على المقر في ذلك كله ، وأما إن قال : إن حكم بها فلان لرجل سماه ، فتحاكما إليه فحكم بها عليه يلزمه ذلك ، ونص مالك في مسألة إن شهد فشهد أنه لا يلزمه ، وقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلاً ، وأما العدل فيقبل عليه ، ونحوه في «المجموعة» ، ولابد من تقييد مسألة قوله : إن حلف بما إذا لم يكن ذلك على طريق الدعوى ، فإن قال ابتداء : له عليَّ كذا إن حلف ، وأما إن ادعى عليه بألف مثلاً ، فقال : احلف وخذها ، فهذا يلزمه ولا رجوع له ، نص عليه ابن يونس .

وفي «البيان» (١) : إن نازعه في شيء ، فقال : إن شهد لك فلان ، تحصيل المسألة : أنه إذا قال له ذلك على وجه التبكيت لصاحبه ولإبراء الشاهد عن الكذب ، فلا اختلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه ، وإن لم يقله على وجهٍ ثلاثة أقوال :

أولها : لا يلزمه ما شهد به عليه ، كان تحقق علم ما نازعه فيه خصمه أم لا ، فلا يحكم به عليه مع شاهد آخر ومع يمين المدعى عليه ، وهو قول ابن القاسم وابن سحنون وعيسى وأصبغ .

ثانيها : أنه لا يلزمه ما شهد به عليه ، كان تحقق ما نازعه فيه خصمه أم لا ، ويؤخذ دون يمين المدعي ، وهو قول مطرف .

ثالثها : أنه لا يلزمه إن كان لا يتحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه ولا يلزمه إن كان تحقق ذلك ، وهو قول ابن دينار وابن كنانة ، واختار سحنون : سواء كان الشاهد في هذا عدلاً أو مسخوطاً أو نصرانياً ، وقد قيل : لا يلزم ؛ لأن محمل كلامه على التبكيت حتى يتبين منه الرضا بقوله ، والتزام الحكم به على نفسه على كل حال في ما نازعه فيه من حد أو أرض أو ما أشبه ذلك محمول على التبكيت حتى يتبين غير التبكيت ، ولا خلاف أن له الرجوع بقوله قبل أن يشهد ، انتهى .

ابن عبد السلام : وتأمل ما حكاه سحنون وابن عبد الحكم في تعليل الإقرار على يمين المدعي مع قوله في «المدونة» (٢) عن مالك فيمن قال : احلف ، حلف أن الحق الذي تدعيه

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ٤٣٤) .

(٢) « المدونة » (١٣/ ٢٥٩) .

حق وأنا ضامن ورجع ، أنه لا ينفعه رجـوعه ، ويلزمه ذلك إن حلف الطالب ، وإن مات كان ذلك في ماله ولم يجعله هبة غير مقبوضة ؛ لأجل أنه أدخله في عهدة اليمين .

خـليـل : وقد يقال مسـألة «المدونة» خارجة عن هذا وهي من باب الإلزام المرتب على شرط .

المتـيطي : ومن وجب عليه اليمين ، فـردها على من وجبت له ، أو رضي أن يحلف صاحبـه فلما جاء مقطع الحقـوق رجع عن الرضا ، فقد لزمه الرضـا كان عند السلطان أو غيره .

أبو عـمران : وهذا متفق عليه ، بخلاف المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع عنها فذلك له ؛ لأن إلزامه لا يكون أشد من إلزام الله تعالى .

قـال : وقد خـالفني في ذلك ابن الكاتب ورأى أن ذلك يلـزمه وليس له رد اليـمين ، والصواب ما قدمناه .

وهَذِه الشَّاةُ أَوْ هَذِه النَّاقَةُ ؛ لَزِمَتْهُ الشَّاةُ وحَلَفَ عَلَى النَّاقَة .

يعـني : إذا حقق المقر وشك وحلف في المقر به ، كما لو قال : هذه الشاة لفلان ، أو هذه الناقة ، فذكر سحنون أن ما قبل حرف الشك وهو الأول لازم ويحلف على ما بعده ، وكذلك لو قال : علي مـائة أو دينار ، أو له عليَّ مائة أو كذا حنطة ، وفيـما قال في هذه المسألة نظر لا يخفي عليك .

وغَصَبْتُ عَبْداً مِنْ فُلانٍ لا بَلْ مِنْ فُلانٍ ؛ فَهُوَ للأَوَّلِ ويُقْضَى لِلآخَرِ بقيمَتِه .

يـعنـي : فإن وقع الإقرار لشخص ثم أضرب عن ذلك الشـخص وأثبته لشخص آخر ؛ فإنه يقـضى به للأول لإقراره به وهو مـتهم على إخـراجه عن المقر لـه أولا ؛ فلذلك كان للأول ، ومن حجة الثـاني أيضاً أن يقول : أنت قد اعتـرفت بأنه لي بإضرابك عن الأول وقد ضيعته بإقرارك به للأول أولاً ، فلذلك ألزم المقر قـيمة المقر به للثاني إن كان مقوماً ، أو مثله إن كان مثليا ، هكذا قال سحنون وغيره .

ابن عبد السلام : وهو المعروف ، ابن القاسم في «العتبية»(١) : ولا يمين عليه .

عـيـسى : إلا أن يدعيه الثـاني ، فإن ادعـاه فله اليمين علـى الأول ، فـإن حلــف

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٢٦٤) .

فكما ذكرنا، وإن نكل المقر له أولاً حلف المقر له ثانياً وكان العبد له ولم يكن على المقر شيء .

قال في «البيان» (١): وقول عيسى تفسير لقول ابن القاسم ويأتي على ما لسحنون في «نوازله» من كتاب الاستلحاق أنه لا شيء للمقر الثاني ؛ لأنه إذا أقر له بما قد استحقه الآخر لإقراره له به أولاً ، وانظر هل يتخرج أيضا فيها قول بأنه لا يكون للثاني إلا نصف القيمة من المسألة الآتية في كلام المصنف في الاستلحاق إذا قال الولد : هذا أخي لا بل هذا ، فللأول النصف وللثاني نصف ما بقي ، وقيل : جميعه .

وأشار ابن سحنون إلى مخالفة أشهب أيضاً في مسألة الغصب التي حكاها المصنف ، قال : وقال أشهب قولا أباه سحنون في القائل : غصبت هذا العبد من زيد من عمرو ؛ أن العبد لزيد ويقضى لعمرو بقيمته ، وقد اتفق سحنون وأشهب على أن من قال : غصبت هذا العبد من زيد من عمر ، أو عمر بل من خالد ؛ أن العبد لزيد ويحلف إن شك فيه ، ولم يعجب هذا سحنوناً ؛ للإجماع فيمن قال : غصبت هذا العبد من زيد وعمر بل من زيد ، أنه يقضى بالعبد لزيد وعمر نصفين بينهما ويغرم لزيد نصف قيمة العبد إن أراد ذلك ، يريد وإن أراد أن يغرم له قيمة العبد كله فذلك من حقه ؛ لكونه لما قال : بل من زيد أضاف غصب الجميع إلى ملك زيد ، فليس له أن يغصبه عبداً كاملاً ويرد نصف عبد .

قال : وهذا يدل على قول سحنون ، ابن سحنون ، وقرأت على سحنون قول أصبغ : لو قال مائة دينار عندي لزيد من دين أو تعدٍ أو وديعة بل هي لعمر ، ولكل واحد منهما مائة ، ولو كان ذلك في سعة ، فقال : هذا العبد غصبته من زيد بل من عمر ، فإن قال ذلك قبل أن يقبض زيد ؛ كان العبد بين زيد وعمر ، ولو قال : غصبت من زيد ، ثم قال : بل من عمر وقد قبض زيد العبد ، فإن العبد يكون لزيد ويغرم لعمر قيمته ، فقال سحنون : أصاب إلا في العبد ، فإن الحكم أن يكون العبد لزيد ويقضى لعمر بقيمته ، سواء قال : بل هو لعمر بعد أن قبضه أو قبل أن يقبضه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٢٦٤) .

ولَكَ أَحَدُهُمَا لثَوْبَيْنِ ، لَهُ تَعْيِينُهُ ، فَإِنْ قَـالَ : لا أَدْرِي ، فَإِنْ عَيَّنَ الْمُقَرُّ لَهُ أَدْنَاهُمَا أَخَذَهُ وأَجْوَدَهُمَا بِيَمِينٍ ، فَإِنْ قَالَ : لا أَدْرِي حَلَفَ الْمُقِرُّ ، ثُمَّ حَلَفَ الْمُقَرُّ لَهُ وكَانَا شَرِيكَيْنِ ....

يـعنـي : وإن قال رجل لآخر : لك أحد هذين الثوبين أو الـعبدين فله ؛ أي : فللمقر تعيينه ، فإن عين الأعلى فلا كلام ، وإن عين الأدنـى ووافقه المقَرُّ له فكذلك ، وإن خالفه حلف المقَرُّ له وأخذ الأعلى ، ويبقى له الأدنى بتسليم المقَرُّ له .

ابن عـبد السـلام : وانظر هل ينتفع به انتفاعاً عوضـاً عن قيمة الأعلى ، فإن غفل عن ذلك حتى بيع الأدنى بأكثـر من قيمة الأعلى يوم حلف المقـر له وأخذه ؛ فيكون الزائد من الثمن على القيمة موقوفاً أو يتصدق به ، انظر في ذلك كله ، ولابن عبد الحكم ما يشبهه، انتهى .

وقوله : **(فَإِنْ قَالَ : لا أَدْرِي)** فإن عين المقر له أدناهما ؛ أخذه بغير يمين لعدم التهمة ، وإن عين أجودهما حلف .

قال في «البـيان»(١) في باب الدعوى والصلح : وتحليفه مثل ما في «المدونة» في مسألة ضمـان الصناع ، بخلاف مـا ذهب إليه ابن المواز ، فـإن قال المقـر له أيضاً : لا أدري ، حلف المقر على نفي المعرفة ، وحلف أيضاً المقر له كذلك ، وما ذكره من حلفهما ويكونان شريكين نص عليه ابن القاسم في «العتبية» ، وكذلك يكونان شريكين إذا حلف المقر له ولم يحلف المقر .

قال في «البـيان»(٢) : وهو يأتي على القول بلحوق يمين التـهمة ، وعلى أنها ترجع ؛ لأن كل واحد منهـما يتهم صـاحبه ، فـيقول المقـر له : تعلم أن أدناهما لك ويقـول المقر بالعكس، فأوجب اليمين لكل واحد منهما على صاحبه ، فإن حلفا جميعا أو نكلا جميعا كانا شريكين كما قال ؛ لاستـوائهما في الحلف والنكول ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كانا أيضاً شريكين ؛ لأن الناكل منهما لما نكل وجب أن يرجع الـيمين على صاحبه فيحلف لقـد يعلم أن أحدهمـا له وهو لم يحلف ، إلا أنه لا يعـلم أن أحدهمـا هو ثوبه ، ويمين التهمة إنما ترجع على البت .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤٨٨/١٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤٨٨/١٠) .

مالك : وهو رجل سوءٍ حلف على ما لا علم له به ويأتي على القول بأن يمين التهمة لا تلحق أن يكونا شريكين في الثوبين ، ولا يكون لأحدهما على صاحبه يمين ، ويأتي على القول بأن يمين التهمة تلحق وأنها لا ترجع ، إن نكل المقر عن اليمين وحلف المقر له ؛ كان له أجود الثوبين ، لأنه قد وجب له بنكول المقر ، انتهى ، وقال أشهب : إذا نكلا جميعاً قضى للمقر له بأدناهما .

المازري : والأصل الذي يكون عليه أكثر فروع شك المقر فيما أقر به ؛ هو أن ما تيقنه المقر فإنه لا محيص له عنه وما شك فيه وأيقن المقر له أخذه على اختلاف في أخذه له ، هل يأخذه بيمين أو بغير يمين ؟ وما شك فيه جميعاً المقر والمقر له ، ففي هذا قولان :

أحدهما : أن الذي شك فيه يسقط غرامته ولا تجب مطالبة المقر من أجله استصحاباً ببراءة الذمة .

والقول الثاني : أنه يقسم بين المقر والمقر له لتساويهما في إمكان كون الكل مشكوكاً فيه، هل لهذا أو هذا ، فيقسم بينهما نصفين .

والاسْتِثْنَاءُ بِمَا لا يَسْتَغْرِقُ ؛ كَعَشَرَةٍ إلا تِسْعَةً يَصِحُّ ، خِلافاً لِعَبْدِ الْمَلِك .

ذكر الاستثناء هنا لأنه من التعقب بالرافع ، وحاصله أنه يصح استثناء الأكثر خلافاً لعبد الملك ، والأول هو الصحيح لقوله تعالى : ﴿ **إِنَّ عِبَادِي** ﴾ إلى قوله : ﴿ **مِنَ الْغَاوِينَ** ﴾ [الحجر:٤٢] والغاوون أكثر الناس ، لقوله : ﴿ **وَمَا أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ** ﴾ [يوسف:١٠٣] ولقوله عليه السلام حكاية عن ربه : «**كلكم جائع إلا من أطعمته**»(١) والمطعم أكثر .

فإن قيل : من الأخذ من الآية نظر ؛ لأن الغاوين لم يدخلوا في العباد العافين إلى الله تعالى ؛ لأن الآية في المؤمنين المخلصين .

قيل : لا نسلم أن الغاوين ليسوا من العباد ؛ لأن العباد مخلصون وغير مخلصين بدليل اتصاف العباد بالمخلصين ، ولأنه يلزم حينئذ أن يكون الاستثناء منقطعاً وهي خلاف الأصل، **فإن قيل** : اتصاف العباد بالمخلصين للمدح لا للتخليص .

فالجواب : أن الأصل في الوصف التخصيص ، وحمله على المدح على خلاف الأصل.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٥٧٧) من حديث أبي ذر رضي الله عنه .

وعن ابن الماجشون : لا يصح استثناء الواحد الـكامل ، وإنما يصح استثناء الأجزاء كما تقدمت الإشـارة إليه ويُرَدُ قـوله ؛ لاتفاق فقـهاء الأمصـار أنه لو قال : عندي عـشرة إلا تسعة، أنه لا يلزمه إلا واحد ، ويمكن أن يجاب له بأنه إنما ألزموه بالواحد نظراً إلى العرف لا إلى اللغة ، ويرد عليه بأن الأصل ألا يخالف العرف اللغة ، والله أعلم .

وعَلَى الْمَشْهُورِ : عَشَرَةٌ إِلا تِسْعَةً إِلا ثَمَانِيَةً ؛ تَلْزَمُ تِسْعَةٌ .

لا على قول عبد الملك ، وإنما لزمه تسعة ؛ لأن القاعدة : أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات ، فقوله : (عَشَرَةٌ) إثبات أخرج منه تسعة فيبقى واحد ، ثم أدخل ثمانية أخرى فكان المقر به تسعة .

وإِلَى وَاحِدٍ تَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ .

يعـني : أن من استثنى من العشرة إلى الواحد فيلزمـه خمسة ؛ أي : إذا قال عشرة إلا تسعـة إلا ثمانيـة إلا سبـعة إلا سـتـة إلا خمـسة إلا أربعة إلا ثلاثـة إلا اثنين إلا واحدا ، وتقريره بما تقدم : أن الاسـتثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات ، ولك أيضاً في مـعرفة هذا وجهان :

الأول : أن تجمع الأشفاع والأوتار ثم تسقط الأوتار من الأشفاع ، فمهما بقي شيء كان هو الباقي ، فـتجمع العشـرة والثمانية والسـتة والأربعة والاثنين فيكون المجـموع ثلاثين ، وتجمع التسعة والسبـعة والخمسة والثلاثة والواحد فيكون المجموع خمـسة وعشرين تسقطها من الثلاثين تبقى خمسة وهي المقر بها .

والوجـه الثـاني : أن تحط الأخير فمـا يليه كذلك حتى الأول ، فما حـصل فهو الباقي فتحط الواحد من الاثنين يبقى واحد تحطه من ثلاثـة ، يبقى اثنان تحطهما من أربعة ، يبقى اثنان تحطهما من خمسة ، تبقى ثلاثة تحطها من سـتة ، تبقى ثلاثة تحطها من سبعة ، تبقى أربعة تحطها من ثمانية ، تبقى أربعة تحطها من تسعة ، تبقى خمسة تحطها من عشرة ، تبقى خمسة وهو المقر به .

ولا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِه : لَهُ الدَّارُ إِلا الْبَيْتَ ، وقَوْلِه : والْبَيْتُ لِي .

يعني : لا فرق في الاستثناء بأدواته وبين ما يؤدي إليه وهو ظاهر .

ابن عبـد الحكم : ولو قال غصبته جميع هذه الدار وبيتها لي ؛ فهذا لا يقبل منه ، وقد

أقر بغصب جميعها ؛ لأنه قال : غصبتك بيتاً هو لي ، وأما إن قال : هذه الدار وبيت فيها لي ؛ قبل قوله مع يمينه .

واسْتِثْنَاءٌ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، مِثْلُ : أَلْفُ دِرْهَمٍ إِلا عَبْداً ، يَصِحُّ عَلَى الأَصَحِّ وتَسْقُطُ قِيمَةُ الْعَبْدِ ....

هذا مفرع على الأصح ، وعلى الأصح فيقال للمقر : صف العبد المستثنى وتقوم صفته وتسقط من الألف ويلزمه ما بقي ، فإن ذكر أن القيمة تستغرق المقر به ؛ بطل استثناؤه ولزم ما أقر به ، قاله في «الجواهر»[1] ، ومقابل الأشهر حكاه ابن سحنون أنه لا يصح ويلزمه ما أقر به قبل الاستثناء واختاره بعضهم ؛ لأنه يلزم أن يكون أمرها مجهولاً بالألف واللام .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٣٩٥) .

كتاب الاستلحاق

الاسْــتِلْحَــاقُ : لما فرغ مـن الإقرار بالمال شرع في الإقـرار بالنسب ، والمشـهور أنه لا يستلحق الورثة إذا اجتمعوا ، قاله بعـض الشيوخ ، ووقع في كلام ابن القـصار ما ظاهره ثبوت النسب كمذهب الشافعي في ذلك .

وَإِذَا اسْتَلْحَقَ مَجْـهُولَ النَّسَبِ لَحِقَ بِهِ مَا لَمْ يُكَذِّبْهُ الْعَقْلُ لِصِـغَرِهِ ، أَوِ الْعَادَةُ بِبَلَدِه ، أَوِ الشَّرْعُ لِشُهْرَةِ نَسَبِه ....

يعني : إذا استلحق شخص مجهول النسب لحق به ؛ لأن الناس مصدقون على أنسابهم والشرع متشوق إلى لحوق النسب ، إلا أن يكذبه العقل . . . إلخ .

فالعقل: كما إذا استلحق من هو أكبر منه؛ إذ العقل مانع أن يكون الولد أكبر من أبيه.

والعادة : كما إذا استلحق من ببلد يعلم أن المستلحق لم يدخلها .

والشـــرع : كما لو استـلحق من هو مشهور النسب ، فإن شهـرة نسبه تمنع أن يلحق بالغير، وإذا كانت الشهرة تمنع فأحرى إذا ثبت نسبه .

وفي «المدونة» (١) لابن القاسم : في الذي يتبين به كذبه أن يكون له أب معروف ، أو هو من المحمولين من بلد لا يعـلم أنه دخلها كالزنج والصقالبـة ، أو تقوم البينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت ، قيل له : فـإن قالوا لم تزل ملكاً لغيره حتى ماتت ، قال : لا أدري ما هذا ولعله تزوجها ، ويناقش المصنف بأن قوله أولاً : (**مَجْهُولَ النَّسَبِ**) يغني عن قوله : (**لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ**) لأن الجهل بنسبه مع شهرة نسبه متضادان ، ولمالك في «المدونة»: من باع صبيا ولد عنده ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه ؛ لحق به ورد الثمن ، إلا أن يتبين كذبه ، وقد نزلت بالمدينة وقضى بها بعد خمس عشرة سنة .

وَلا كَلامَ لَهُ وَلَوْ كَانَ كَبِيراً .

يعني : ولا كلام للمقر به ؛ لأنه لا يقابل دعوى المقر إلا بعدم العلم لا بالتحقيق ، وإذا لم يكن للكبير كلام فـأحرى الصغير ، ونص في «النوادر»(٢) على أنه لا يلتفت لتـصديق

---

(١) « المدونة » (٨/ ٣٦٦) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٨/ ٣٨٢) .

الولد ولا تكذيبه وأنه لا يقبل، سواء كان الأب صحيحاً أو مريضاً، أحاط الدين بماله أم لا .

وفي «الكافي» (١) في آخر الفرائض شرط ذلك تصديق الولد إذا كان الولد كبيراً ، ونص على أنه لو استلحق ولداً كبيراً بعد موته أنه لا يلحق إلا ببينة .

وعلل ذلك بأن استلحاقه يفتقر إلى تصديقه والتصديق قد علم بموته ، بخلاف الصغير فإذا استلحقه بعد موته يلحق به ويرثه ، ويؤيد في «المدونة»(٢) في باب الشهادة : ومن ادعى على رجل أنه ولده أو والده فأنكر ؛ فلا يمين له عليه .

قال ابن يونس : معناه أن الولد كبير ، ولو كان صغيراً لجاز استلحاقه إذا لم يعرف كذبه .

فرع : وهل من شرط استلحاق الولد ألا يكون للمستلحق وارث معروف كغير الولد وهو أقرب ، نقله سحنون عن أصحابنا ، أو إنما يشترط ذلك في غير الولد وهو الذي في «العتبية» .

قال في «الجواهر»(٣): ولو استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد عن مال فلا يأخذه المستلحق .

ابن القاسم : ويوقف ذلك المال ، فإن مات هذا المستلحق صار المال لورثته وقضى به دينه، فإن قام غرماؤه عليه وهو حي أخذوا ذلك المال في ديونهم .

وَقَالَ سحْنُونٌ: لا يُقْبَلُ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ نِكَاحٌ أَوْ مِلْكُ يَمِينٍ .

يعني : أن أهل المذهب لا يشترطون في الاستلحاق تقدم النكاح أو ملك يمين ، وقال سحنون : يشترط فيه أن يعلم أحدهما ، ونحوه لابن القاسم ، لكن المشهور عنه الأول .

وَلَوِ اسْتَلْحَقَ ذَا مَالٍ وَلَهُ وَارِثٌ لَمْ يَرِثْهُ .

هذا خاص بغير الولد ؛ لأنه قدم الكلام في الولد ، وأنه يقبل استلحاقه ما لم يكذبه العقل . . .إلخ ، وقد تقدم في اللعان ما إذا استلحقه بعد نفيه وموته ، وأن مذهب «المدونة» : يرثه بشرط أن يترك الولد ولداً ، وأن ابن العطار وغيره قالا بنفي الإرث وإن

(١) « الكافي » (ص/ ٤٨٤) .

(٢) « المدونة » (١٣/ ١٧٩) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٨٤٨) .

فضـلا ، قيـد في «المدونة»(١) إذا لم يكن للميـت ولد بما إذا كان المال كثـيراً ، ونص في «الجواهر»(٢) ونحوه لصاحب «الذخيرة»(٣) أن هذا الفرع خاص بغير الولد .

وقـــوله : (وَارِثٌ) أي : عاصب معـروف بنسب أو ولاء يدل عليه ما بعـده ، ومثال المسألة ، مـا إذا قال : هذا أخي أو عمي أو ابن أخي ونحـو ذلك ، فإن كان للمـستلحق عاصب يرثه لم يرثه هذا المقر به ؛ لأن ذلك الوارث يستحق ذا المال وهو يتهم في إخراجه، ولفظ ذا مفعول .

وقوله : (وَلَهُ وَارِثٌ) جملة حالية من الضمير في (اسْتَلْحَقَ) فإن قلت : هل يصح أن يكون أيضاً (ذَا) حالاً من فـاعل استلحق ؛ أي : استلحق حال كونه ذا مال ، قـيل : فيه بعد ، والله أعلم .

وكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ عَلَى الأَصَحِّ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمِينَ كَالْوَارِثِ أَوْ لا .

يعني : وكذلك لو استلحق غير الولد وله مال ولم يكن له وارث معروف بالنسب ، فإن الأصح أنه لا يرثه ، ومنشأ الخلاف مـا ذكره ، هل بيت المال وارث أم لا ، وإنما هو حائز للأموال الضائعة ، واضطرب الشيوخ في تعيين المشهور ؛ فالباجي(٤) يقول : والذي عليه جمهور أصحابنا قبول إقراره ويرثه المقر له ولا يثبت نسله بذلك ، وقاله أصبغ وسحنون ، ثم قال سحنون : لا يرثه ؛ لأن المسلمين يرثونه ، وقاله أشهب .

ابن يونس : نسبة الأول إلى المذهب منكر إلا على قول شاذ لابن القاسم .

ابن عبد السلام : ولكن هذا إذا كان المقر ذا مال ، ومسألة المؤلف في العكس أن يكون المقر له ذا مال ، فتأمل ذلك .

ولَوْ قَالَ لأَوْلادِ أَمَته : أَحَدهمْ وَلَدي وَمَاتَ ولَمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ ؛ فَالصَّغِيرُ وَحْدَهُ حُرٌّ ، وقِيلَ : وثُلُثَا الأَوْسَطِ وثُلُثُ الأَكْبَرِ ، وقِيلَ : الْجَمِيعُ ....

أي : ومات ولم تعرف عين الولـد ، وذكر المصنف وابن شاس(٥) ثلاثة أقـوال ، وقد

---

(١) « المدونة » (١٣/ ١٧٩) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٨٤٨) .

(٣) « الذخيرة » (١١/ ٥٣) .

(٤) « المنتقى » (٤/ ١٢٠) .

(٥) « الجواهر » (٢/ ٨٤٩) .

ذكرها صاحب «النوادر»[١]، وعزا الأول في كلام المصنف لسحنون والثاني للمغيرة والثالث لابن عبد الحكم ؛ فرأى في الأول والأوسط عدم العتق ، لاحتمال أن يكون الميت لم يرد واحداً منهما وإنما أراد الأصغر ، فلا يعتق واحدٌ إلا بيقين على القول بأن الشك لا يؤثر في العتق، ورأى المغيرة أن الصغير هو على كل تقدير ؛ لأنه إذا كان الأكبر هو الولد فهو حر، وكذلك الأوسط والأصغر ، وإن كان الأوسط هو الولد فهو حر مع الأصغر والأكبر رقيق، وإن كان الأصغر هو الولد فهو حر دونهما ، ولما كان الأوسط حراً على تقديرين ورقيق على تقدير عتق ثلثاه ، ولما كان الأكبر حرًا على تقدير ورقيقاً على تقديرين عتق ثلثه ، ورأى ابن عبد الحكم عتق جميعهم بالشك كما وجب اجتناب الشاتين إحداهما ذكية والأخرى ميتة ، وكاجتناب المرأتين إذا كانت إحداهما محرمة ؛ لأنه لما اختلط من يجوز ملكه بمن لا يجوز ملكه وتعذر التعيين في إعتاق من لا يجوز ملكه وجب إعتاق الجميع ؛ لأن ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب .

تنبيه : هذا الكلام المتقدم إنما هو إذا كان الإخوة من أُمٍّ واحدةٍ وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف ؛ لقوله : **(لأَوْلادِ أَمَتِهِ)** .

قال في «العتبية»[٢] : وإن كانوا مفترقين فإن القول ببلد رسول الله ﷺ وأكثر الرواة ، أن يحمل هذا عندهم محمل من قال : أحد عبيدي حر .

وقال المخزومي : يعتق من كل واحد ثلثه ويرق ثلثاه ، وقال آخرون : يعتق واحد من الثلاثة بالقرعة ؛ لأنه لما كان مجهولاً عتق بحكم الوصية فقط ، وقد قيل: إنه يقرع بينهم ، وإن كانوا لأم فيقرع بين الأكبر والأوسط ، وأما الأصغر فهو حر على كل حال ؛ لأنه لا يصح أن يختلف فيه ، وإن كان ظاهر الرواية خلاف ذلك فتأول على هذا وهو تأويل سائغ؛ لأن الاثنين جماعة فيحمل قوله بينهم على الأكبر والأوسط ، قال : ولا خلاف أنه لا إرث لأحدهم منه .

وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَتُهُ وَغَيْرُهَا وَلَدَيْنِ وَمَاتَتَا واخْتَلَطَا ؛ عَيَّنَتْهُ الْقَافَةُ .

يحتمل أن يريد بغير زوجته ما هو أعم من أمته والأجنبية ، ويحتمل أن يريد أمته فقط، وهذا الثاني أشبه بأصل المذهب في أن القافة إنما تكون في الآباء .

(١) « النوادر والزيادات » (٨/ ٣٨٥) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٣/ ٢٨٣) .

وفي «الجواهر» (١) : ولو نزل ضيف على رجل وله أم ولد حامل فولدت هي وولدت أم ولد الضيف في ليلة بنتين فلم تعرف واحدة منهما بنتها وتداعتا أحدهما ونفي الآخر ؛ فإن القافة تدعى لهما ، وقال سحنون فيـمن ولدت امرأته وجاريته فأشكل عليهم ولد الحرة من ولد الأمة ومات الـرجل ولم يدع عصبة تسـتدل بها القافـة على ولد الميت ؛ ليس في مثل هذا قافة ، ولا يكون الميراث بالشك .

وفي «كتاب ابن عيـسى» : في امرأة طرحت ابنتها ثم عادت لأخذها فـوجدتها وأخرى معها ولم تعرف بنتها منهما ، فقال ابن القاسم : لا يلحق بزوجها واحدة منهما ، وبه قال ابن المواز ، وقال سـحنون : تدعى لهمـا القافة ، وإلى هذا الفـرع الأخيـر أشار المصنف بقوله:

قَالَ ابْنُ الْقَاسِـمِ فِي امْرَأَةٍ وَجَدَتْ مَعَ بِنْتِهَـا أُخْرَى : أَلاَّ تُلْحِقَ بِزَوْجِهَا وَاحِـدَةً مِنْهُمَا ، وَقَالَ سحْنُونٌ : الْقَافَةُ ....

وكأن المصنف أتى بهذا الفرع إثر الأول ، إشارة إلى التـعارض بينهما ؛ لأنهم قالوا في الأول بحكم القافة ولم يذكروا خلافه ، ومذهب ابن القاسم في الثاني عدم إعمال القافة ، فكأنه أشار إلى التخريج وهو تخريج ظاهر ، والظاهر : أنه لا فرق بينهما .

وقول المصنف في الفرع السابق (**وَمَاتَتَا**) الظاهر أنه لا يحتاج إلى ذلك ؛ لأنه لا مفهوم له ، ولا فرق بين مماتهما وبين حياتهما ، فإن قيل : فلم حكموا في الأول في القافة وهي لا تكون في الحرائر على المشهور ، وقيل : الفرق بين هذه المسائل المذكورة هنا وغيرها من وجهين :

أولهما : أن النسب هنا ثابت وإنما القافة لتبينه .

وثانيـهمـا : إنما لم تعتبـر في الحرائر القافة حيث يمكن دفع الولـد باللعان وهاهنا تعذر فاستوى الأحرار وغيرهم في ذلك .

وَلا تَعْتَمِدُ الْقَافَةُ إِلا عَلَى أَبٍ حَيٍّ ، وَقِيلَ : وَعَلَى الْعَصَبَةِ .

يعـني : أن القافة إنما تعتمد عـلى الأب الحي على ظاهر المذهب قصراً لذلك على قصة زيد وأسامة .

(١) « الجواهر » (٢/ ٥١٤) .

وقال سحنون : يعتمد على شبه العصبة ؛ يعني : في موت الأب .

قوله : (حَيٍّ) هو كذلك في الرواية ، ظاهره أنه لا يعتبر الأب إذا مات ، ولكن فسر سحنون الحياة بوجوده لينظر شبهه ؛ سواء كان حيًّا أو ميتاً ، والفرق والأقرب أن يعتمد على ما تقوله: إنها تعرف بذلك النسب ، فإن قالت: لا تعرف ذلك إلا بالأب ؛ اعتبر الأب فقط ، وإن قالت : لا نعرف ذلك بالعصبة رجع إليهم في ذلك ، ولا وجه لنقل الخلاف في هذه المسألة ، والله أعلم ، والمشهور : أنه يكتفى بالقائف الواحد ، وقيل : لابد من اثنين .

وَإِذَا أَقَرَّ وَلَدَانِ عَدْلانِ بِثَالِثٍ ثَبَتَ النَّسَبُ ، وَعَدْلٌ يَحْلِفُ وَيُشَارِكُهُمَا وَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَغَيْرُ عَدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ مَا زَادَ عَلَى تَقْدِيرِ دُخُولِهِ مَعَهُمْ....

أما إذا أقر عدلان فواضح ، ولا خصوصية للوالدين ، بل وكذلك العمان والأخوان ، وأما العدل فيحلف معه ويشاركهما ؛ لأنه إنما شهد له على مال ، وهكذا في «الجواهر»(١) و «الذخيرة» (٢)، ونقل عن الباجي ونحوه ، والمذهب خلافه على ما نقله العلماء قديماً وحديثاً، وقد صرح بعضهم بأن ما نقله ابن الحاجب وهْمٌ .

والمذهب : أن العدل كغيره وليس للمقر له الأخذ إلا من المقر ، فإن قلت : لم لا يقيد كلامه بما إذا لم يكن للميت وارث معروف؟ فقد نقل صاحب «النوادر»(٣) وغيره : أنه إذ لم يكن للميت ولد معروف فادعى أنه ولد للميت أو زوجة فأقام على ذلك شاهداً ؛ أن ابن القاسم قال : يقضى له بالشاهد واليمين بالميراث دون النسب .

وقال أشهب : لا يقضى له به ؛ لأن المال فرع بثبوت النسب ، واتفقا على عدم أخذ المال إذا كان للميت وارث معروف ، قيل : لما فرض المصنف المسألة في ولدين لزم قطعاً حصول الوارث المعروف ، وهي يُتفق فيها على عدم الإرث .

فإن قلت : فكلامه هنا موافق لما ذكره في النكاح إذا أقامت المرأة شاهداً على النكاح بعد الموت ، فقال ابن القاسم : تحلف معه وترث ، وقال أشهب : لا ترث ، وتوقف أصبغ .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٥١٥) .

(٢) « الذخيرة » (٩/ ٣٠٧) .

(٣) « النوادر والزيادات » (٩/ ٣٩٨) .

قـيل : هذه المسألة أيضاً مقيـدة عند ابن القاسم بما إذا لم يكن للميت وارث معروف ، كما صرح به صـاحب «النوادر» وغيره ، ومذهبنا : عدم ثبـوت النسب بالعدل الواحد ولو لم يرث غيره ، وقـال الشافعي -رضي الله عنه-: إذا لم يرث غيره يـثبت النسب ، ومثله عن ابن القصار .

وقوله : **(وَغَيْرُ عَـدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ... إلخ)** هو المشهور ، وسيأتي بيان العمل في ذلك في باب الفرائض إن شاءً الله .

وقـال ابن كنانة : إن المقر يشـاركهم ، وهـذا إذا كانت التـركة عـيناً ، وأما إن كـانت عروضاً كـما لو ترك الميت عبداً أو أمة ، فأخـذ المقر عبداً والمنكر الأمة ، ثم أقـر أحدهما بأخ، فقـال ابن عيسى : هو مقـر بثلث العبد وثلث الأمـة وكان له في الإنكار ؛ يعني : للمـقر نصف كل واحـد ، فأقـر في كل نصف وجب له بثلث ذلك النصف وهو سـدس العبد، فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العـبد ؛ ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة ، وأما ثلث العبد فواجب له ؛ لأن سدسه كان بيده ، وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع ما لا يحل ؛ كمن اشترى شيئا ثم أقر أنه لآخـر فليسلمه إليه ، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال ، ويخير في سدس الأمة بين أن يأخذ منه قيـمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد ، وقال أيوب المصري : قول أهل المدينة أن يعطيه ثلث العبد ويضمن له قيمة سدس الأمة ؛ لأنه باع ذلك بالسدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه .

أبو محـمد : وهذا هو الصواب وليس فيه تخيير ؛ لأن الذي أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده .

وَلَوْ قَـالَ الْوَلَدُ : هَذَا أَخِي ، لا بَلْ هَذَا ؛ فَلِلأَوَّلِ النِّصْفُ وَلِلثَّـانِي نِصْفُ مَا بَقِيَ بِيَـدِهِ ، وَقِيلَ : جَمِيعُهُ ....

أي : فللثاني نصف ما بقي بيده نظراً إلى عذره بالخطأ ، وقـيل : جميعه بناء على عدم عذره بالخطأ ؛ إذ الخطأ والعمد في أموال الناس سـواء ، ومن حجة الثاني أن يقول : أنت معـترف باستحـقاق نصف المال وأنت قد ضـيعت حقك بإقرارك للأول ، وكـذلك إذا أقر بوارث ثم بوارث لم يدخل الثـاني مع الأول إلا أن يكون الإقـرار بهمـا نسقـاً ، فإن أقـر بالثاني بعد أن دفع للأول ؛ فليس عليه للثاني إلا الفضل الـذي بيده على نصيبه ، مثاله :

توفي رجل وترك ابناً فله المال كله ، فأقر بابن آخر فله نصف المال بلا خلاف ، فإن أقر بثالث ، فقال سحنون : حكمه حكم ابنين ثابتي النسب أقر أحدهما بثالث فيدفع له ثلث ما بيده ، وكذلك لو أقر برابع وخامس .

سحنون : وهو معنى قول ابن القاسم وغيره ، وقال أشهب : لا ينظر في هذا إلى ما يجب للمقر وإنما ينظر إلى ما يجب للمقر به من جميع المال ، كان بيد المقر وكان قادراً على الإقرار بهما جميعاً ، وسواء كان عالماً بالثاني أو لم يعلم ؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء ، وعلى الأول لا يحتاج إلى قضاء قاض ، وقال أحمد بن نصر الداودي: إنه إن دفع بقضاء لم يضمن .

وَلَوْ تَرَكَ أُما وأَخا فَأَقَرَّ بآخر ، فَفِي «الْمُوَطَّأ» : يَأْخُذُ مِنْهَا النِّصْفَ وهُوَ السُّدُسُ لِنَفْسِهِ وعَلَيْهِ الْعَمَلُ ، ورُوِيَ : يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ .

إنما كان للمقر له السدس ؛ لأنها أقرت بأخوين يحجبانها إلى السدس ، ولا شيء للمنكر ؛ لأن بيده الثلثين وهو معترف أنه لا يستحق غيرهما .

وقوله : (**وَرُوِيَ : يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ**) أي : لأنها إنما أقرت بالسدس لهما ، وقيل : يوقف نصيب المنكر من السدس ، فإن صدق الأم أخذه ودفع لأخيه نصف الثلثين .

وقيل : يوقف الأخ على إقرارها ، فإن صدقها أخذت السدس وكان الباقي بينهما ، كان السدس للمقر به ، وإن قال : لا أدري ، كان السدس بينهما .

كتاب الوديعة

الْوَدِيعَةُ : اسْتِنَابَةٌ فِي حِفْظِ الْمَالِ .

أي : الوديعة في عـرف الفقهـاء المبوب لها عـندهم ما ذكر ، وإلا فـهي أعم ، كإيداع الأب ولده لمن يحفظه ، والأمة المتواضعة ، غير أن ابن عبد السلام تردد في الأمة المتواضعة لاحتمـال أن يقال: إنها استنابة عـلى حفظ المال ، فينطبق عليهـا الرسم ، أو يقال: ليس المقصود مجرد حفظها وإنما المقصود الـرجوع إلى أخبار الأمين عن خروجها من القرء ، فلا ينطبق الرسم عليها ولا يكون جامعاً .

خـلـيـل : وعلى ما قررنا بـه كلام المصنف يدفع هذا ؛ لأن الأمة المتواضـعة ليست من المبوب لها في عرف الفقهاء .

فـإن قـيل : رسم المصنف غير مانع لدخـول بعض أنواع الإجارة فيه ؛ أعني : الإجارة على حراسة المال .

فـالجـواب : ما قاله ابن عـبد السلام أن هذا النوع من الإجارة مـراد الدخول في هذا الرسم، ولا ينكر في الفقـه وغيره من العلوم أن تكون المسـألة مشتـملة على وجوه ، لكل واحد منها تعلق بباب ، فيحتاج لذلك إلى ذكرها في أبواب متعددة .

فصل :

وهي مأخـوذة من الوَدَعِ وهو الترك ، أو من الدَّعَـة وهي السكون ؛ لأنها سـاكنة عند المودع .

وَهِيَ أَمَانَةٌ .

أي : فلا تضمن إلا بتعدٍّ .

وَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ .

الجواز هنا مـقابل اللزوم ؛ لأن لكل واحد من المُودَع والمُودِع أن يبطل الوديعـة ، فلربها أن يستردها ، ولآخذها أن يردها لربها .

ابن عبد السلام : ولا يشترط اجتماعهما في الرضا بذلك ما لم يعرض عارض ينقل هذا

الحكم إلى اللزوم ، كما في الجارية المتواضعة ، أو يكون الحـفظ بأجرة كما أشرنا إليه أنها تعود إجارة وهي لازمة ، وربما يعرض لها اللزوم من وجه آخـر ؛ كما إذا كان ربها عاجزاً عن حفظها فيتعين عليه الإيداع لنهيه ﷺ عن إضاعة المال .

فإن لم يجد من يحفظها له إلا واحداً تعين عليه قبولها وحفظها لوجوب إغاثة الملهوف، فيكون اللزوم على هذا المعنى بمعنى الفرض ومخالف للذي قبله .

وفي دخول هذا تحت كلام المصنف نـظر ؛ لأن الفرائض لا يلزم الاعتناء باستيـفائها ، انتهى .

وفي «المقدمات» (١): لا يَلزَمُ من استُودِعَ قبض الوديعة ، وجد المودع من يدعه أم لا ، قال ذلك ابن شعبان .

فأما إن وجد فواضح ، وأمـا إن لم يوجد غيره فينبغي أن يلزمه القبـول قياساً على من دعي إلى أن يشهد - إنه يلزمه ذلك إن لم يكن في البلد من يشهد غيره ، ومن أهل العلم من يرى ذلك لازماً له وجـد في البلد من يشهد له أم لا ؛ لقـوله تعالى : ﴿ وَلَا يَـأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ [البقرة:٢٨٢] ، ولا يسمى الرجل شاهداً حتى يكون عالماً بالشهادة ، فيجب عليه أداؤها، انتهى .

فكلام ابن عبد السلام يأتي على قياس ابن رشد لا على ما قاله ابن شعبان .

وَشَرْطُهُمَا كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ .

والضمـير في : (**شَـرْطُهُـمَا**) عائد على المودِع والمـودَع ؛ لأن المودِع كالموكِل والمودَع كالوكيل .

ومعنى كـالوكيل والموكل أن من جـاز أن يتصرف لنفـسه ولغـيره فله أن يودِع ويودَع ، ويشكل بالعـبد المأذون له في التـجارة ؛ فإنه يجـوز أن يُودِع كمـا سيـأتي ، ولا يجوز أن يتوكل إلا بإذن سيده كما قدمناه .

وَمَنْ أَوْدَعَ صَبِيا أَوْ سَفِيهًا أَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ فَأَتْلَفَهَا لَمْ يَضْمَنْ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ أَهْلُهُ .

هكذا وقع في بعض النسخ (**أَوْ سَفِيهاً**) وهي أولى ، وفي بعضها (**صَبِيا سَفِيها**) بإسقاط (**أَوْ**) لأنه يبقى قوله : (**سَفِيها**) لا حاجة له ؛ إذ لا يكون الصبي إلا سفيها .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٤٦٥) .

والضـمـيـر في : (أَتْلَفَـهَـا) عائد على السلعـة المبيعة ، ويـعلم من ذلك حكم الوديعة والمقرض ، قاله ابن عبد السلام .

خـلـيـل : ويحتـمل أن يعود على الوديعـة ، ويعلم من ذلك حكم المبيع والمقرض ، ويرجحه أن الباب معقود للوديعة فكان النص على حكمها أولى .

وقوله : (لَمْ يَضْـمَنْ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ أَهْلُهُ) فاعل (يَضْـمَنْ) عائد على أحدهما لا بعينه -أعني : الصغير والسـفيه - وإنما لم يضمنا ؛ لأن صاحب السلعة قـد سلط عليها من هو محجور عليه ، ولو ضمن المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر .

اللخمي وغيره : إلا أن يصرفا ذلك فيما لابد لهما منه ، فليرجع عليهما بالأقل مما أتلفا أو صانا به مالهما .

اللخمي : فإن ذهب ذلك المال ثم أفاد لم يتبعهما فيه .

واعلم أن المصنف إنما تكلم على حكم إيداعهمـا بعد الوقوع لا على ذلك ابتداءً ، نعم قد يؤخذ ذلك مما قدمه ، فإن قوله : (كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ) يقتضي أنهما لا يودعان .

وفي «المدونة»[1] أن الصبي إذا قبض الوديعة بإذن أبيه وأتلفها : إنه لا يلزمه شيء ولا ينبغي ذلك لأبيه .

أبو الحسن : ولا ينبغي هنا على بابه ؛ لأنه لا يتحقق أنه يضيعها أو يتلفها ، ولا يتحقق أنه يحفظها ؛ فلذلك كره لأبيه أن يأذن له وكذلك الوديعة .

وقال اللخمي : لا ينبغي أن يودع صبي ولا سفيه ؛ لأن ذلك تعريض لإضاعة المال .

وَتَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ عَاجِلاً .

يعني : أن العبد الذي أذن له في التجارة إذا تعدى في الوديعة بأحد وجوه التعدي فإنها تتعلق بذمته ، ولا يكون للسيد إسقاطها كسائر الديون .

وأما إن لم يتعد فهي على الأمانة .

ونص المصنف على حكمها ؛ لأنه قد يتـوهم أنها تخالف الديون ؛ لأن الديون باشرها إذن السيد في التجارة ، بخلاف الوديعة فإن السيد لم يأذن ، ووجه إلحاقها بالديون أنها من

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٥٣) .

عوارض التجارة التي لابد منها عادة فإنَّ إذنَ السيد وإن لم يدل عليها مطابقة فقد دل عليها التزاماً .

أما قـوله : (عَاجِلاً) أي : كالحر ، وحكى أشهب أنها تـتعلق بذمته إلا أنها لا تؤخذ الآن .

وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ دُونَ رَقَبَتِهِ مَا لَمْ يُسْقِطْهَا السَّيِّدُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يُسْتَوْدَعُ فَكَالْمَأْذُونِ لَهُ ، وَقِيلَ : إِنِ اسْتَهْلَكَهَا فَجِنَايَةٌ فِي رَقَبَتِهِ ....

الأول مذهب «المدونة» ، ووجهه أن السيد يقـول : هو عبدي ولم آذن له في التجارة ، فلي أن أسقطها عن ذمته ، وليس بجناية حتى تتعلق برقبته ؛ لأن ربها سلطه عليها .

قـوله : (**وَقَالَ أَشْهَبُ.... إلخ**) ظاهره أن كلام أشهب خـاص بغير المأذون ، وأن أشهب يوافق على الحكم الذي قدمه في المأذون .

ألا ترى إلى التشبيه الذي ذكره في قول أشهب بقوله : (**فَكَالْمَأْذُونِ**) .

والذي نقله صاحب «النوادر»[1] واللخمي وابن يونس أن أشهب قال في كتابه في العبد المحجور عليه يتلف وديعة أُودِعَها : إن كان مـثله يستودع فهي في ذمته رق أو عتق ، وإن كان وغداً لا يستودع مثله فلا شيء عليـه في رقه - رد ذلك عليه سيده أو لم يرده - حتى يلي نفسه بالعتق .

ابن يونس : فيتبع .

[**أشـــهب**][2]: وإذا استأجر عبده الوغد فـلسيده أن يبطل عنه ما أتلف من أمانته ؛ لأن مثله لا يودع .

فيؤخـذ من هذا أن موجب تعلق الوديعة بذمـة العبد هو كونه غـير وغد ؛ أي : يودع مثله ، والإذن عنده وصف طردي .

وأنكر سحنون قول أشهب هذا ، وإنكاره صحيح ؛ لأن كون العبد ممن يستودع مثله لا يوجب على السيد ما لم يلتزمه بأخذ مال عبده في الحال ، ولأن عليه ضرراً في إبقاء الدين في ذمة عبده .

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/٤٤٨) .

(٢) سقط من ط .

ولهذا قال أبو عمران : إن باعه السيـد قبل أن يعلم بذلك واطلع عليه المشتري - فليس له إبطال ما في ذمته ، لكن له رده ، ثم لسيده الإبطال كما في النكاح .

قوله : (وَقِيلَ : إِنِ اسْتَهْلَكَهَا فَجِنَايَةٌ فِي رَقَبَتِه) **ابن عبد السلام** : هذا القول حكاه يحيى ابن عمر ، وظاهره يـقتضي أن العبد إذا باشـرها بالإتلاف - سواء كان عن انتفـاع كما لو أنفقها ، أو لا كما لو رمى بها في البحر - فإنها تكون جناية في رقبته ، كما لو لم يأذن له السيد ، وإنها إن تلفت عنده بتضييع فـإنها لا تكون جناية ، ثم يحتمل بعد ذلك أن تتعلق بذمته ، وهو الأقرب أو لا تتعلق بذمته ، انتهى .

وكلام المصنف يدل على أن هذا القول خاص بغير المأذون .

وفي اللخمي : قال يحيى بن عمر : هي جناية في رقبته إذا كان مأذوناً له .

فرع :

وإذا أتى المحجور عليه إلى رجل فـقال له : سيدي أمرني أن أستعيـر منك كذا فصدقه ودفع إليه ما ذكـر وأنكر السيد - فقيل : للسـيد طرح ذلك عن ذمة العبـد بعد يمينه أنه ما بعثه ، وقيل : ليس له ذلك .

ابن يونس : والأول أشبه .

أشـهب : وإن أراد أن يودع رجلاً فقال له : ادفعها إلى عبدي ففعل فاستهلكها العبد فهي في ذمته ولا شيء على السيد وإن غره من العبد .

ابن عبد الحكم : ولا تكون في ذمة العبد بإقراره أنه استهلكها حتى تقوم بينة باستهلاكه إياها .

وَيَضْمَنُ بِالإِيدَاعِ وَالنَّقْلِ وَالْخَلْطِ وَالانْتِفَاعِ وَالْمُخَالَفَةِ وَالتَّضْيِيعِ وَالْجُحُودِ .

لَّما ذكر أن الوديعة أمانة أخذ يذكر الأسبـاب التي يكون المودع بها متعدياً ، وهي سبعة كما ذكر ، ثم أخذ يتكلم على الأول [فالأول ، وتكلم أولاً على الإيداع][1] فقال :

فَإِنْ أَوْدَعَ لِعُذْرٍ كَعَوْرَةِ مَنْزِلِهِ أَوْ لِسَفَرِهِ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ - لَمْ يَضْمَنْ .

نحوه في «المدونة»[2] .

(١) سقط من ط .

(٢) « المدونة » (١٦/٣٧٦) .

وَيَضْمَنُ بالإِيدَاعِ وَالنَّقْلِ وَالْخَلْطِ وَالانْتِفَاعِ وَالْمُخَالَفَةِ وَالتَّضْيِيعِ وَالْجُحُودِ .

لَّما ذكر أن الوديعة أمانة أخذ يذكر الأسبـاب التي يكون المودع بها متعدياً ، وهي سبعة كما ذكر ، ثم أخذ يتكلم على الأول [فالأول ، وتكلم أولاً على الإيداع][1] فقال :

فَإِنْ أَوْدَعَ لِعُذْر كَعَوْرَةِ مَنْزِلِهِ أَوْ لِسَفَرِهِ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ - لَمْ يَضْمَنْ .

نحوه في «المدونة»[2] .

وقيـد أشهب عـدم الضمـان لعورة المنزل بما إذا حـدث ذلك أو زاد على ما عـلمه رب الوديعة ، قال : وإن استودع وديـعة وهو في خراب يخاف عليها فأودعهـا لغيره في أعمر منه ؛ فـإن كان ربها قـد علم بخراب مكـانه وخوفه ، ولـم يزد خرابه إلى مـا هو أخوف فالمودع ضامن .

وإن زاد خراب موضعه وخوفه على ما كان فلا شيء عليه في إيداعه لغيره ، وهو تقييد لقول ابن القاسم .

وقـد ذكر صـاحب «النكت»[1] واللخمي معنى قـول أشهب تقييـد «المدونة» ولم ينسباه لأشهب .

اللخمي : وإن كان صاحبها غير عالم ضمنها وسواء ضاعت عنده أو عند غيره ، إلا أن يكون ضياعها عنده لم يكن من السبب الذي يخاف منه .

وقوله : (**عِنْدَ عَـجْزِ الرَّدِّ**) يعني : وأما إن كان صاحبها حاضراً فليردها إليه ، وإن لم يفعل ضمن ، وظاهره كظاهر «المدونة» أنه لا فرق في الوديعة بين أن تكون عيناً أو عرضاً .

وقال اللخمي : قد يُحمَل قولُ ابن القاسم : إنه يودعها إذا خاف عورة منزله ، على أن الوديعة كانت ثيـاباً أو عرضاً ، ولو كانت دنانير أو مـا أشبه ذلك مما يكتم في الأرض ولا يخاف ممن يضطره إلى إخراجها - لم يكن له أن يودعها .

أبو الحسن : وهذا لا يسلم ؛ لأن صاحبها لو أراد دفنها لدفنها .

وقال **ابن عبد السلام** : قد يقال : إن الدفن غير سائغ ، وذلك إذا لم يخبر أحداً بها ؛

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ٢٦٤) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ٢٦٥) .

يأخذها ويحفظها ؛ لأنه التـزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسـقط عنه العذر الذي سافر فيه ، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد ، كان له أن يأخذها ، وليس ذلك بواجب عليه .

وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ .

يـعنـي : إذا تبين الوجه الذي لأجله أودع ؛ من عورة منزل أو سفـر - فلا ضمان عليه وإن لم يشهـد على الإيداع ، وهكذا في «المدونة» ، وزاد فيها أنه لا يُصَـدَّقُ في أنه خاف عورة موضعه أو أراد سفراً فأودعها لذلك .

وخرج اللخمـي في هذا الوجه خلافاً لما وقع لابن القـاسم فيمن اكترى دابـة فلما قدم قال: أودعتها ؛ لأنها وقـفت على في الطريق - أنه يصدق ، فعلى هذا يصدق في الوديعة أنه أودعها ؛ لخوف موضعه أو لأنه سافر وخفي أمره ، ولم يعلم هل سافر أم لا؟ وهو في الوديعة أبين ؛ لأنه لا يتوهم أحد أن يخرج الوديعة من يده لغير عذر .

قال : ومـحمَلُ قول ابن القـاسم : أنه يصدق إذا ثبت الخوف أو السـفر في الإيداع ، على أن المودع صدقه في قبضها ويقول : إنها ضاعت ، فأما إن كذبه وقال : لم يدفع إلي شيئاً لم يصدق على أصله في كل من أمر أن يدفع إلى غير التي ائتمنته - إلا ببينة .

وقال عـبد الملك : يصـدق ، وبه أرى أن يُقضَى اليـوم ؛ لأن الشأن دفع الودائع بغـير بينة، انتهى .

أبو محـمد(١) : وإذا علم سفره أو عورة منزله ، وأودع الوديعة بغير بينة وأنكرها المودع لا ضمان عليه .

ابـن يونـس : ينبغي على أصـولهم الضمان ؛ لأنه دفع إلى غيـر من ائتمنه ، ولكن لا يضمنونه للعذر .

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيدَاعِ أَمِينٍ ضَمِنَ .

تصوره ظاهر .

وَضَمِنَ لأنه عرضها للضياع ، وظاهر كلامـه سواء سافر على وجه الانتقال بأهله وولده أم لا ، وقد نص في «الكافي»(٢) على الضمان ولو كان وجه الانتقال بالأهل والمال .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/ ٤٢٩) .

(٢) « الكافي » (٢/ ١٣٥) .

ومفهوم قوله : (مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيدَاعِ أَمِينٍ) أنه لم يجد من يودعها عنده ؛ لكونه بقرية وخشي عليها إن تركها أنه لا يضمن إذا خرج بها .

وهكذا نص عليه اللخمي ، وهو ظاهر ، وما ذكره من الضمان نحوه في «المدونة»[1] ، ففيها : وإن سافر فحمل الوديعة معه ضمن .

وقال فيهـا : عن مالك في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيهـا لورثتها وهم بالمدينة فلم يأت منهم خبر ، فخـرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق فهـو ضامن حين خرج بها بغير أمر أربابها .

فقوله : حين خرج بها بغير أمـر أربابها ، هو علة الضمان عنده ، وبه يتم لابن القاسم الاستشهاد عـلى قوله :« وإن سافر فحمل الوديعة معـه ضمن » وإلا فكان لقائل أن يفرق بأن مسألة مـالك خرج فيها المودع من بلده لا لموجب بل لسـبب الوديعة وذلك ليس عذراً صحيحاً في سقـوط الضمان ، ومسألة ابن القاسم في المسافر لحاجة نفـسه واستتبع الوديعة معه ولم يخرج بسبب الوديعة ، فلم يتعد فيها فلا يضمن .

لكن لما كانت علة الضـمان عند مالك إنما هي خروجـه بالوديعة بغير أمـر أربابها وهذا المعنى حاصل في مسألة ابن القاسم صح اشتراكهما في الحكم ، وهذا هو المشهور .

وقال أصبغ : للقاضي أن يـبعث المال إلى ورثة المُودِعِ من بلد إلى بلد ، هكذا قال ابن عبد السلام ، قال : وهو خلاف لقول ابن القاسم .

زاد اللخمـي وابن راشد في قول أصـبغ : بخلاف الوصي يبـعث بها فـتضـيع ، فإنه يضمن .

فرع :

قال في «المدونة»[2] : وإذا أودعت مسافراً مالاً في سفره فأودعه فضاع ضمن .

اللخــمي : قال ابن القاسم وأشهب : إلا أن يضطره لصوص فـيسلمها لمن ينجو بها ، ومحـمل ذلك أن الذي يسلمها إلـيه لا يخشى جنايتـه فيهـا ، ولو طرحها عندمـا غشيتـه لصوص ثم لا يجدها لم يضمن .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٠٢) .
(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٠٢) .

فَلَوْ رَجعَتْ سَالِمَةً لَمْ يَضْمَنْ .

الأقرب : فلو رجعت بعد أن سافر بها سالمة ، **ويحتمل** : فلو رجعت بعد أن أودعها لغيره من غير عذر ، **ويحتمل** : أن يريدهما .

وجوز ابن عبـد السلام الاحتمالات الثلاث ، والأظهـر الأول ؛ لأنه تفريع على ما دل عليه كلامـه بالمطابقة ، وهو قوله : (**سَافَرَ بِهَـا مَعَ الْقُدْرَة**) والثاني تفريع عـلى ما دل عليه كلامه بالالتزام ؛ لأن مـفهوم قوله : (**فَإِنْ أَوْدَعَ لِـعُذْر**) أنه لو أودع لغير عـذر أنه يضمن ولأنه أقرب .

واقتصر ابن راشد على الاحتمال الثاني ، والحكم في الجميع سواء وهو عدم الضمان ؛ لأن الموجب للضمان قد زال .

ثم أخذ يتكلم على السبب الثاني وهو النقل [فقال][1] :

فَلَو اسْتُودِعَ جِـرَاراً وَشِبْهَهَا فَنَقَلَهَـا نَقْلَ مِثْلِهَا فَتَكَسَّرَتْ لَـمْ يَضْمَنْ ، وَلَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِه شَيْءٌ فَكَسَرَهَا ضَمِنَ ؛ لأَنَّهَا جِنَايَةُ خَطَأٍ ....

احترز بنقل مثلهـا مما لو نقلها غير نقل مثلها ؛ فإنه يضمنهـا ، ولو سقط من يده عليها شيء ضمن ؛ لأنها جناية خطأ ، والخطأ والعمد في أمـوال الناس سواء ، وهذا كما قالوا فيمن أتى إلى فخار فقال له: قلب شيئاً هل يعجبك؟ فوقع ما في يده على شيء تحته إنه لا ضمان عليه فيما في يده للإذن له في ذلك ، وضمن ما تكسر أسفل ؛ لأنه جناية خطأ .

وَلَوْ رَفَعَهَا عِنْدَ زَوْجَتِه أَوْ خَادِمِه الْمُعْتَادَة عِنْدَهُ لِذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ ، خِلافاً لأَشْهَبَ .

الأحسن في التصنيف ذكر هذا الفـرع قبل النقل كما في «الجواهر»[2] ؛ لأنه من فـروع السبب الأول ، وظاهر كلامه أن أشهب مـخالف في الزوجة والأمة ، وهو تأويل صاحب «البيان»[3] وغيره ، وإن كان أشهب لم ينص على حكم الزوجة بالتعيين .

وقوله : (**أَوْ خَادِمِه**) قال في «المدونة» [4]: وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في

---

(١) سقط من ط .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٧٢٢) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٨٨) .

(٤) « المدونة » (١٥/ ١٤٤) .

عياله ، ويصدق أنه دفعه إلى أهله وإن لم تقم بينة ، وضـمنه فضلٌ في الأجير والعبد دون المرأة والخادم .

عياض : وهو ضعيف ولا فرق بين المرأة والخادم والأجير .

وقوله : (**المُعْتَادَة عِنْدَهُ**) احترز به مما لو لم تكن عادته ذلك فإنه يضمن .

عبد الحق(١) **وغيره** : كما لو كان بفور ما تزوج الحرة واشترى الأمة ؛ لأنه لا يثق بهما.

وعلى هذا فلو قال المصنف : (المعتادتين) لكان أحسن .

وأعلم أن مالكاً أطلق نفي الضمان وقيده ابـن القاسم بأن تكون العادة إيداعها ، وحمل بعضهم ذلك علـى الخلاف ، وأكثرهم حمل قـوله على التفسير لـقول مالك ، وهو ظاهر الكتاب .

وكذلك اختلف في قـول أشهب هل هو خلاف لقول ابن القـاسم وروايته عن مالك أم لا؟

قال في «البـيان»(٢) : وقيل : إِنَّ قول أشـهب ليس بخلاف ، وأن المعنى في ذلك أن يضمن إذا عرف الناس أنهـم لا يدفعون أموالهم إلى أهاليهم ، فكل منهـم تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه صاحبه ؛ لأن قولهما مختلف .

فعلى هذا لا يخـتلف إذا علم عرف الناس في البلد ، وإنما يختلف إذا جـهل العرف ؛ فأشـهب يُضَمِّنُه حتى يقـيم البينة أن العرف في البلد أن الناس يأتمنـون أهلهم على أموالهم ويدفعونها لهم ، وابن القاسم لا يُضَمِّنُه حتى يقيم صاحب الوديعة البينة أن العرف والعادة في البلد أن الناس لا يـرفعـون أمـوالهم عند أهلهم ولا يأتمنونهـم عليهـا ، والأظهـر أنه اختلاف من القـول ، فيتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقـوال ، يفرق في الثالث بين أن تكون العادة الدفع فلا يضمن أو عدم الدفع فيضمن ، انتهى بمعناه .

قال في «النكت»(٣) : ويحلف أنه دفع إلى زوجته إذا أنكرت إن كان متهما ، وإلا فلا يمين عليه ، وإن وجبت يمينه لكونه متهماً فنكل غرم ، وله أن يحلف زوجته .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ٢٦٤) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٨٨) .
(٣) « النكت والفروق » (٢/ ٢٦٤) .

وإن نكل وهو معسـر كان لرب الوديعة يمينها ، كانت مـتهمة أم لا ؛ لأنها تقـوم مقام الزوج في مطالبـتها باليـمين ، كما يتـبع الإنسان غريم غـريمه ، وقاله بعض شـيوخنا من بلدنا .

وقـال ابن يونس : الذي يظهر لي توجه اليمين إذا أنكرت الزوجة كـان متهماً أم لا ؛ لأن هنا من يدعي تكذيبه فكان كمدعي رد الوديعة .

ابن عبـد السلام : إن أراد ابن يونس أن التهمـة مع تكذيب الزوجة أقوى مما إذا لم يكن هناك من يكذبه فقريب ، وإن أراد أنها محققة كمدعي الرد فقد يقال : إن المكذب للمودع في مسـألة دعواه على الزوجة هو غـير رب الوديعة ، وربـها لا يحقق عليـه الدعوى فلم تخرج عن أن تكون يمين تهـمة ، بخلاف مدعي رد الوديعـة ؛ فإن صاحبهـا يدعي تكذيبه بدعوى محققة ، والله أعلم .

وَمَتَى مَاتَ وَلَمْ يُوصِ بِهَا وَلَمْ تُوجَدْ ضَمِنَ ، قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : مَا لَمْ تَتَقَادَمْ كَعَشْرِ سِنِينَ ....

يعـني : إذا مات مَنْ عنده الوديعة ولم يوص بها ولا وجدت في تركـته ، فحمله مالك على تسلفها ، فأوجب أخذها من تركته إلا أن يتقـادم الأمر ، كعشر سنين ، فيحمل الأمر على أنه ردها .

مالك في «العتبية»[١] : والسنة يسير .

قال في «البيان» [٢]: قيل : وهو خلاف لما في كتاب الشركة من «المدونة» في الشريكين يموت أحدهما فيقيم شريكه البينة أنه كانت عنده مائة من الشركة ، فلم توجد ولا أعلم لها مسقطاً ، أنها تكون في ماله إلا أن تطول المدة ، أرأيت لو كان ذلك قبل السنة لكان يؤخذ من ماله .

وقـيل : ليست بخلاف لها ، وهو الصحيح ، والفـرق بينهما أن للشريك التصرف في المال ، وليس للذي يودع أن يتصرف فيما أودع .

وفي اللخـمي : ومن كانت عنده وديعة فذكر عند مـوته أنها في موضع كذا فلم توجد

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٨٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٩٠) .

فمصيبتها من صاحبها ؛ إذ يقول الميت : لم أتسلفها ، واختلف إذا لم يذكر شيئاً حتى مات هل تكون في ذمته ؟ واختار هذا التفرقة ، فإن كانت عيناً فَحَملها بعد موت المودع على السلف ، وفي العرض على السلف ، وفي المكيل والموزون في الحاضرة على التلف ، وفي البادية على السلف .

ولابن القاسم في «العتبية»(١) : إذا ترك ودائع ولم يوص فتوجد صرر مكتوب عليها لفلان وفيها كذا ، ولا بينة على إيداعه فلا شيء له إلا ببينة أو بإقرار الميت ، ولعله مانع أهل الميت .

وقال عنه عيسى فيمن بيده ودائع وهو يعلم أنه ينفق منها ، فيوصي بودائع ، فيوجد في تابوته كيس فيه دنانير مكتوب أنها لفلان وعددها كذا ، فيوجد أقل : فإن ثبت خطه ببينة كان ما نقص في ماله ، وإلا حلف الورثة أنهم لا يعلمون من ذلك شيئاً .

أصبغ : وكذلك لو وجد خط يد صاحب المال على الكيس مع وجوده في حوز المستَودَع حيث أمن - فإنه يقضى له به .

أصبغ : وهذا على قول من يقول يقضى له بالخط .

ولابن دحون أنه لا يقضى له بها ؛ لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له ، ويكتب عليها اسم المذكور ويأخُذ على ذلك جعلاً ، ولا خلاف أنه لا يقضى له بها إذا وجد عليها اسمه ولا يدري من كتبه .

وَفيهَا : وَإِنْ بَعَثَتَ بِضَاعَةً إِلَى رَجُلٍ بِبَلَدٍ فَمَاتَ الرَّسُولُ بَعْدَ وُصُولِه ، وقَالَ الْمُرْسَلُ إِلَيْه : لَمْ يُوصِلْهَا فَلا شَيْءَ فِي تَرِكَتِه ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلُ فَفِي تَرِكَتِه ، وَقَالَ سَحْنُونٌ : رِوَايَةُ سُوءٍ ، وَعَكَسَ مُحَمَّدٌ فِيهِمَا ، وَقَالَ أَشْهَبُ : فِي تَرِكَتِه فِيهِمَا ....

لفظ «التهذيب»(٢) : وإن بعثت بمال إلى رجل .

وهو أحسن من كلام المصنف ؛ لشمول المال البضاعة وغيرها ، لكن في «اختصار ابن يونس» : بمال بضاعة .

وحاصل مذهب «المدونة» التفرقة ، فإن مات الرسول بعد وصوله وزعم المرسل إليه أنه

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣١٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٠٣) .

[لم يوصل إليه شيئاً فلا شيء له فـي تركته أي : تركة الرسـول ، قال في «المدونة»[١] : ولك اليمين على من يحـوز أمره من ورثته ، أنه لا يعلم لذلك شـيئاً وإن][٢] مـات قـبل وصوله بذلك- فذلك في تركته .

اللخـمـي وابن يونس : ووجهه أنـه مات في الطريق ولم توجد فَحُـمِلَ على أنه تعدى عليها ، وإن مات بعد وصوله حمل على أنه دفعها ، ولو كان خفا لأخبر بمن يشهد له .

(وَعَكَسَ مُحَمَّدٌ فِيهِمَا) أي : في الصورتين بعد الوصول وقبله .

اللخـمي وابن يونس : ووجهه أنه محمول قبل الوصول على الضياع لا على التعدي ؛ لأن الأصل في الوديعة الأمانة ، وأمـا بعده ؛ فلأن عليه الإشـهاد ، ولا يخفى ذلك على ورثته إذا بحثوا عنه .

(وَقَالَ أَشْهَبُ : فِي تَرِكَتِه فِيهِمَا) أي : في الصورتين .

ولا يخفى عليك إنكار سـحنون ، ولكن لا يؤخذ منه أنه اخـتار قول أشهب كـما نقله غيره .

ابن يونس : وأخذ محمد بقول أشهب ، وعلى هذا ففي قوله : **(وَقَالَ مُحَمَّدٌ)** نظر ؛ لأنه يوهم أنه اختاره ، وليس كذلك ، بل اختار قول أشهب ، وإنما ذلك في [كتابه][٣] .

عياض بعد ذكر مذهب الكتاب : وخالف أشهب في هذا وقال : هو ضامن .

وحمله أكثـرهم على الخلاف ، وتأوله حمديس قوله في الكتاب : فـيما تطاول ، وأن الذي يجيء على أصله في العرف أنه يضمن .

ابن عبد السلام : وقد يخرج في هذه المسألة من التي قبلها قول بنفي الضمان مطلقاً .

أَمَّا لَوْ لَمْ يَمُتْ وَأَكْذَبَهُ لَمْ يُصَدَّقْ إلا بِبَيِّنَةٍ ، وَلَوْ صَدَّقَهُ الْمُرْسَلُ .

لأنه لما دفع إلى غيـر اليد التي ائـتمنته كان عليـه الإشهاد ، فلمـا تركه صار مـفرطاً ، فلذلك ضمن ولو صدقه المرسل إليه .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٣٠٣) .

(٢) سقط من ط .

(٣) في ط : كتاب .

وعلى قول ابـن الماجشون في هذا الأصل لا يـضمن إلا أن يقول: اقض عـني فلاناً ، هكذا نقل ابن راشد ، وهذا كله إنما هو في الوكيل المخصوص ، وأما المفوض فلا .

قـال في «المدونة»[(١)] : وإن بعت من رجل عبداً أو بعثت معه عـبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقـال: قبضته وضـاع مني ، فإن لم يقم المشتري بينة بالـدفع إلى رسولك ضمن ، بخلاف من دفـعت إليه مالاً ليـدفعه إلى رجل ، فقـال : دفعته إلـيه بغير بينة ، وصـدقه الرجل ، هذا لا يضمن .

ثم تكلم على الخلط فقال :

وَلَوْ خَلَطَ قَمْحا بِقَمْحٍ أَوْ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ لَمْ يَضْمَنْ .

فهم من كلامه أنه يَضمَن في غير هاتين الصورتين ، وهذا المفهوم يقرب من الصريح ؛ لأنه لما ذكر أولاً أن الخلط من أسباب التعـدي صار الضمان بالخلط هو الأصل ، ثم أخرج هاتين الصورتين :

الأولى : أن يخلط مثليا بمثله جنساً وصفة ويتعذر التمييز ، وهذا هو المشهور ، وضمنه عـبد الملك في «ثمـانية أبـي زيد» ، وهو ظاهر ؛ لأن القمح ونحـوه يراد بعـينه ، بدليل انتقاض البيع باستحقاقه .

خـليـل : وينبغي أن يقيد المشهور بما إذا استـوت مكاسبها أو تقاربت ، أما إذا اختلفت صفة القمح فإنه يضمن اتفاقاً ، ثم المشـهور مقيد في «المدونة» بما إذا كان الخلط على وجه الإحراز .

عياض : وإنما لا يضمن إذا كان هذا وشبهه من النظر ، كما إذا كان الخلط أرفق وأحرز ونحو ذلك ، انتهى .

الصـورة الثـانيـة : أن يخلط جنساً بغـير جنسه ويمكن التمـييز بلا كلفة ، كـدنانير مع دراهم، أو كقـطن مع كتـان ، أو دراهم مع دراهم مخـتلفتين ، فـقال ابن الماجـشون في «المبســوط» : إن كانت الأولى كثـيرة فخلـطها بدراهم قليلة لم يضمــن ، وإن خلطها بمال عظيم حتى أشهرها ضمن .

اللخـمي : وهذا يحسن إذا كانت في موضع لا يـضمن ذلك منه ، وأما إن كانت في

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٠٥) .

تابوت أو صندوق فلا ضمان ؛ لأن السارق يقصد التماس الدنانير والدراهم من مثل ذلك.

وما قاله اللخمي يؤخذ من قول عبد الملك حتى أشهرها بذلك .

ثم تكلم على الانتفاع فقال :

وَلَوْ لَبِسَ الثَّوْبَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ فَهَلَكَتْ فِي ذَلِكَ ضَمِنَ ، فَإِنْ رَدَّهَا عَلَى حَالِهَا فَهَلَكَتْ بَرِئَ ، وثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ بِإِشْهَاد ....

(فَهَلَكَتْ في ذَلكَ ضَمِنَ) أي : في خلال الانتفاع **(ضمن)** أي : لتعديه .

وقوله : **(فَإِنْ رَدَّهَا عَلَى حَالِهَا.... إلخ)** أي : قول بأنه لا يضمن بدعواه أنه ردها ولو لم يشهد ، وعلله ابن رشد بأنه إنما يعلم من قبله .

وقول بأنه لا يبرأ إلا أن يردها إلى صاحبها سواء ادعى أنه ردها سالمة بعد انتفاعه أو قامت له بذلك البينة .

وهذا القول حكاه ابن سحنون عن بعض الأصحاب .

والقول الثالث : إن ردها بعد الانتفاع بإشهاد برئ ، وإن لم يكن إلا دعواه لم يبرأ ، وهو قول سحنون ؛ لأنه قال : إن أقر أنه لبس ثوباً وديعة ، أو ركب دابة وقال : هلكت بعد ما نزلت عنها - فهو ضامن ؛ قال : لأنه لما ركبها ضمنها بالتعدي .

ولو أقام البينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت برئ من ضمانها ، وأجرى ابن يونس هذا الخلاف على الخلاف في رده لما تسلف من الوديعة .

ولمحمد قول رابع : إن أقر المودع بالانتفاع ولم يعلم ذلك إلا من قوله وادعى أنها إنما هلكت بعد أن ردها سالمة - فالقول قوله مع يمينه ، وإن قامت بذلك بينة فلا يصدق أنه ردها إلى موضعها إلا ببينة ، قال : وهو قول أصحابنا .

ابن يونس : وهذه الأقوال هنا جارية على اختلاف قول مالك في رده لما تسلف من الوديعة ولو قال : ركبتها بإذن ربها وأنكر ربها - فالقول قوله مع يمينه ، قاله سحنون .

وَمُسْتَلَفُ الْوَدِيعَةِ إِنْ كَانَ مُعْدَماً لَمْ يَجُزْ اتِّفَاقاً ، وَإِنْ كَانَ لَهُ وَفَاءٌ وَهِيَ نَقْدٌ فَجَائِزٌ إِنْ أَشْهَدَ ، وَقِيلَ : مَكْرُوهٌ ، فَإِنْ كَانَتْ عَرَضاً لَمْ يَجُزِ اتِّفَاقاً ، وَإِنْ كَانَت مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنْ فَقِيلَ: كَالنَّقْدِ ، وقِيلَ : كَالْعَرْضِ .

أي : لم يجز السلف للمعدم بها ؛ لضرره بها بعدم الوفاء .

ابن عبد السلام : وفي معناه من كانت الوديعة قدر جملة ماله أو تزيد بيسير ؛ لأن استخلاص الوديعة من هذا بعد إنفاقها عسير ، وإن كان مليا ؛ فإما أن تكون الوديعة عيناً أو عرضاً ، مقوماً أو مثليا ، فذكر في النقد قولين .

وحكى اللخمي أربعة أقوال ؛ منع ذلك في كتاب اللقطة ، وكرهه في «العتبية»(١) ، ثم أجازه إذا أشهد على تسلفها ، وقال عبد الملك : إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجز ، وإن كانت بغير رباط ولا ختم جاز .

والكراهة نص عليها في «المدونة» في كتاب الوديعة .

والأصل المنع ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ، وهو غير جائز إلا بعد العلم بطيب نفس مالكه ، وهو غير محقق .

وإن كان الشيء المودع عرضاً لم يجز تسلفه اتفاقاً ؛ إذ لو جاز ذلك لكان مشترياً له بغير إذن مالكه .

قوله : **(وإِنْ كَانَت مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنْ....إلخ)** يحتمل أن يريد بقوله : **(كَالنَّقْد)** أي : فيأتي القولان بالجواز والكراهة ، وبقوله : **(كَالْعَرَضِ)** أي : فلا يجوز ، وعلى هذا يكون اختلاف طريقة ، ولكن هذا يعز وجوده وإنما يريد **(كَالنَّقْد)** فيجوز ، و **(كَالْعَرْضِ)** فلا يجوز ، على أن الجواز ليس بمنصوص ، وإنما خرجه اللخمي ، ويتبين ذلك من كلامه قال: وأما القمح والشعير والزيت وشبهه فظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» أنه إن تسلفها مضت على وجه السلف؛ لأنه أجاز إذا تسلفها أن يخرج المثل من ذمته كالدراهم ، فلو كانت مما تختلف فيه الأغراض كالعروض - لم يصح إخراج المثل ولم يجز السلف .

وعلى قول ابن عبد الحكم : إنه يضمن بالخلط بالمثل لا يجوز تسلفها .

وقال محمد : فيمن استودع حنطة فباعها لنفسه كان لصاحبها أن يأخذ الثمن إن شاء فلم يجز السلف ، وهو أحسن ، انتهى .

وقد يقال: إنه لا يؤخذ من «المدونة» الجواز ولا الكراهة ؛ لأنه إنما قال : إذا تسلفها ثم ردها عادت إلى حكم الوديعة ، ولا يلزم من عودها إلى حكم الوديعة جواز الإقدام على تسلفها ولا الكراهة ؛ لاحتمال أن يقال هو ممنوع ابتداء ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ،

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٩٢) .

والغالب كراهته لذلك ، وإنما رجعت بالرد إلى الوديعة ؛ لأن ربها إنما يكره التصرف ابتداءً لا الرد ، هكذا أشار ابن عبد السلام .

وَإِذَا تَسَلَّفَ مَا لا يَحْـرُمُ تَسَلُّفُهُ ثُمَّ رَدَّ مِثْلَـهَا مَكَانَهَا فَـتَلِفَ الْمِثْلُ بَرِئَ عَلَى الْمَشْـهُورِ ، وثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ بِإِشْهَادٍ ، ورَابِعُهَا : إِنْ كَانَتْ مَنْشُورَةً بَرِئَ ....

وفي بعض النسخ : (**إِنْ كَانَتْ مَنْثُورَةً**) بالثاء قبل الواو ، وهذا الرابع لابن الماجشون ، والثلاثة لمالك ، والمشهـور مذهب مالك وابن القاسم في «المدونة» وبه قـال أشهب وأصبغ وابن عبد الحكم ، وبمقابله قال المدنيون .

وفي «الموازية» : إنه يشترط ردها بالبينة إذا تسلفها وإلا فلا يحتاج في ردها إليها ، وهو قول خامس .

ويدخل في قوله : (**مَا لا يَحْرُمُ تَسَلُّفُهُ**) النقد والمثلي على القولين .

وعبر اللخـمي عن هذه المسألة بما إذا أخرج الدراهم والدنانير من ذمتـه إلى أمانته وعلى المشهور فلا يُصَدَّقُ إلا بيمين ، قال أشهب : وكذلك في «الموازية» .

وخرج من قـوله : (**مَا لا يَحْـرُمُ تَسَلُّفُهُ**) المعدم للنقد ، وفيـه نظر ؛ لاحتمال أن يقال بالضمان لتـعديه أولاً وبعدمه ؛ لأنا إنما منعناه لأجل عدم إمكان الرد ، فـإذا رد فقد أُمِنَتِ العلة .

ابن شعبان : وإذا قال صاحبها للمودع : تسلف منها إن شئت ، فتسلف منها ، وقال : رددتها فهذا لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها .

اللخمي وصـاحب «البيان» [1]: وهذا لا يختلف فيه ؛ لأن السلف من المالك فصارت كسائر الديون ، ثم تكلم على المخالفة فقال :

وَإِنْ قَالَ : لا تُقْفِلِ الصُّنْدُوقَ فَأَقْفَلَهُ ضَمِنَ .

هذا الفرع لابن عبد الحكم ووجـهه أن السارق يطمع في المقفول أكثـر من غيره ، ومال اللخمي إلى عـدم الضمان ؛ لأن السـارق يطمع في الصندوق كان عليـه قفل أم لا ، فلم يكن لزيادة الطمع وجه ، كما إذا قال له اقفل بقفل فأقفل باثنين .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٩٢) .

ابن عبد الحكم : وإن قال : أجعلها في التابوت ولم يزد لم يضمن بالقفل ؛ لأن القفل في التابوت مأذون فيه بالعادة حتى يصرح بالنهي عنه .

وكذلك قال ابن عبد الحكم إذا قال : اجعلها فـي قدر فخار فجعلها في سطل نحاس ؛ لأن السارق عينه للنحاس أكثر ، ولهذا صرح بنفي الضمان في العكس .

وأَقْفَلْ واحِدا فَأَقْفَلَ اثْنَيْنِ فَقَوْلانِ .

القول بنفي الضمان لابن عبد الحكـم ، وهو الذي اقتصر عليه في «الجواهر» ، وزاد : إلا أن يكون في حالة إغـراء اللص فيضمن ، والـقول بالضمان مَـالَ إليه ابن يونس ، ولا أعلمه منصوصا .

ثم أخذ يتكلم على التضييع فقال :

وَفي كُمِّكَ فَتَرَكَهَا فِى يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْ .

لأن اليد أحفظ .

اللخمي : وكذلك لو تركها في وسطه .

قال في «الجواهر»[1] : إلا أن يكون أراد بجعلها في الكم إخفاءها عن غاصب فيضمن من يجعلها في يده .

وفِي جَيْبِهِ قَوْلانِ .

هما خـلاف في شهـادة هل هذا أحفظ أو هذا ؟ والأقـرب نفي الضمـان ؛ لأن الجيب أحفظ لا سيما جيب أهل المغرب ، وهو اختيار اللخمي .

وأما الجيب الذي يقال له عندنا (المكتوم) فالكم أحفظ منه .

ولَوْ سَعَى بِهَا إِلَى مُصَادِرٍ ضَمِنَهَا .

يـعنـي : لو مشى بها إلى ظـالم فإنه ضامن ، فـ(**مُـصَـادِرٍ**) على هذا اسم فـاعل ، و(**ضَمِنَ**) لتضييعها .

ويصح أن تفتح الدال من (**مُصَادَرٍ**) ويكون اسم مفعول ، والمعنى راجع إلى الأول ؛ لأنه إنما يأخذها الظالم كإمام جائر .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٢٥) .

وَلَوْ نَسِيَهَا فِي مَوْضِعِ إِيدَاعِهَا ضَمِنَ ، بِخِلافِ إِذَا نَسِيَهَا فِي كُمِّهِ فَتَقَعُ ، وقِيلَ : سَوَاءٌ.

إذا نسيها في موضع إيداعها فقـال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب : عليه الضمان ، بخلاف إذا نسيها في كمه فلا ضمان .

وقوله : (**وقِيلَ : سَوَاءٌ**) يحتمل في نفي الضمان ، ولم أر ذلك في الأولى منصوصا، نعم خرجه جماعة من الثانية .

وخرجه اللخمي وابن رشد[1] من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه ، وممن اشترى ثوبين بالخيـار من رجلين فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهمـا - فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا يكون عليه ضمان شيء ؟

اللخـمي : والعذر بالنسيان أبين ، لأنه لا يعد بالنسيان مفرطا ويحتمل أن يريد بقوله : (**سواء**) أي : في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان ، والله أعلم .

أما إن أراد أن يأخذ ماله فـأخطأ فأخذ الوديعة فسقطت منه فهو ضـامن وليس كنسيانها في كمه ؛ لأن هذا جناية بفعل غايته أنه خطأ ، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء .

ابن وهب : وإن دفعت إليه في المسجد فجعلها في نعله فذهبت لم يضمن .

اللخمي : يريد : إذا جعلها هناك بحضرته أو بعد أن غاب وكانت الوديعة ثياباً أو دراهم كثيرة أو كان الشأن ألا يجعل في كمه إلا عند القيام ، وإن كانت صرة دنانير ضمن ؛ لأنه فرط .

سـحنون : ويضمن من أودع وديعة فصرها في كمه مع نفـقته ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها .

ابن يونس : قال بعض الفقهاء: لعله إنما ضَمَّنَهُ لدخوله بها الحمام .

وَمَنْ أَنْزَى عَلَى بَقَرٍ وشِبْهِهَا فَعَطِبَتْ بِهِ أَوْ مُتْنَ بِالْوِلادَةِ ضَمِنَهَا .

هذه المسألة لا تناسب مـا نص فيه وكان الأولى لو قـال عوض الانتفاع الـتعدي وأدرج هذا الفرع فيه ، وشبه البقر كسائر الدواب والحيوان .

(**فَعَطِبَتْ بِهِ**) أي : بالإنزاء .

(١) « المقدمات » (٢/٤٦٦) .

(أَوْ مُـتْنَ بِالْوِلَادَةِ ضَـمِنَهَـا) أي : سـواء مُتْنَ بالولادة أو بالإنزاء ، وهذا مـذهب ابن القاسم في «المدونة» .

ونقل اللخـمي عن مالـك نفي الضمـان إن ماتـت بالولادة ، وظاهره أن مالكاً صـرح بذلك، قال : وقول ابن القاسم أصوب .

وكقـول مالك هنا في نفي الضمـان قوله : لا ضمـان على المرتهن إذا زوج أمة الرهن وماتت من الولادة ، وصوب بعضهم قول مالك ، وهو المعروف من قوله : كما لو غصب حرة فزنى بها وهو غير محصن فحملت فماتت - إنه لا يقتل بها ؛ لأنها ماتت بسببٍ آخر لا بنفس العداء ، أو كمن غـر بأمة فتزوجها علـى أنها حرة فماتت لم يضمن قـيمة ولدها للأب إذا غرم الأب قيمته .

وأسقط أشهب الـضمان إذا ماتت بالإنزاء ، بل رأى أن له ذلك ابتـداءً ، فإنه قال : لا شيء عليه في الإنـزاء إن نقص ذلك الولادة ؛ لأن الولادة في الجواري ليسـت من فعله ، إنما زَوَجَهُنَّ وكان الحمل من غيره .

ولو سألني في البهـائم هل ينزي عليها قبل أن ينزيهـا ؟ لرأيت ألا يدعها من الإنزاء ؛ لأن ذلك مصلحة ، ولم أضمنه في الجواري ما نقصهن النكاح ؛ لأن ذلك النكاح لا يثبت وإن رضي به سـادتهن ، ولو كانوا ذكـوراً لم يضمن شـيئاً ؛ لأن للسيـد أن يجيـزه فلا يضمنه، وقد أجاز فعله ، وإن فسخه رجع العبد إلى حاله من غير نقص .

فرع :

ابـن يـونـس : واختلف في إنزاء الراعي ؛ فـقال ابن القاسم : لا ضمـان عليه ؛ لأنه كالمأذون له ، وضمنه غـيره ، وعكس ابن عبد السلام نسبـة القولين في هذا الفرع ، والله أعلم .

ثم تكلم على الجحد فقال :

وإِذَا جَحَدَ أَصْلَهَا فَأُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ لَمْ يُقْبَلِ الرَّدُّ وَلَوْ بِبَيِّنَةٍ عَلَى الْمَشْهُورِ ؛ لأَنَّهُ كَذَّبَهَا.

يعـني : إذا طلب منه الوديعة فأنكر أن يكون قد أودعه شـيئاً ، وهذا معنى قوله : **(إِذَا جَحَـدَ أَصْلَهَا)** فأقام المودع البينة على الإيداع فـادعى بعد ذلك أنه ردها لم يقبل قوله: إنه

ردها ، واختلف إذا أقـام بينة على الرد ، المشهور عـدم قبولهـا ؛ لأن قوله الأول مكذب لها، إذ قوله : لم يودعني شيئاً متضمن لعدم الرد ، فإنَّ الرد فَرْعُ الإيداع .

اللخـمي : وقيل : تقبل بـينته ، وهو أحسن ؛ لأن من حجتـه أن يقول : إنما أنكرت لغيبة بينتي أو للاحتياج إلى تزكيتها ونحو ذلك .

ابن عبد السلام : وقوله : **(عَلَى الْمَشْهُورِ)** راجع إلى الصورة الثانية لعدم وجود الخلاف في الأولى ، على أنه لا يبعد وجـود الخلاف منصوصا عليـه في الأولى ، فأصول المذهب تدل عليه .

خلـيل : وقد حكى صاحب «البيان» [1]في باب الصلح وابن زرقـون في باب القراض فيمن أنكر أمانة وادعى ضياعها أو ردها لما قامت عليه البينة - ثلاثة أقوال :

الأول لمالك من سماع ابن القاسم : يقبل قوله فيهما .

الثاني لمالك أيضاً : لا يقبل فيهما قوله .

الثـالث لابن القـاسم : يقبل قوله في الضياع ، وعلى هذا فالخـلاف منصوص فيهما ، ويمكن إعادة قوله : **(عَلَى الْمَشْهُورِ)** على المسألتين .

ابن زرقـون : وأما إن أقام بينة على ضياع القراض أو رده فالمشـهور أنه تنفعه البينة بعد إنكاره ، وحكى اللخمي عن محمد أنه لا ينتفع بها .

خليل : فانظر ما شهره المصنف مع ما شهره ابن زرقون فإن ذلك متعارض .

ابن زرقـون : وأما إن أنكر شيئاً في الذمة أو أنكر الدعوى في الربع أو فيما يفضي إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه وأقام عليه بينة ففيها أربعة أقوال :

الأول لابن نافع : يقبل منه في جميع الأشياء .

الثانـي لغير ابن الـقاسم في كتاب اللعان من «المدونة» : لا يقـبل ما أتى به في جميع الأشياء .

الثالث لابن المواز : يقبل في الحدود دون غيرها .

الـرابـع : يقبل منه في الحـدود والأصول ، ولا يقبل منه ذلك في الحـقوق من الديون وشبهها من المنقولات ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٤/١٧٨) .

وَإِنْ طَلَبَهَا فَاعْتَذَرَ فَتَشَاحَّا فَحَلَفَ لا يُعطِيهَا اللَّيْلَةَ ثُمَّ قَالَ فِي الْغَدِ : تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ يَلْقَانِي أَوْ بَعْدَهُ ضَمِنَ ، إِلا أَنْ يَكُونَ أَخَّرَهَا لِعُذْرٍ .

قوله : (**إِلا أَنْ يَكُونَ أَخَّرَهَا لِعُذْرٍ**) راجعٌ إلى قوله : (**تَلِفَتْ... بَعْدَهُ**) وأما قبله فيضمن؛ لأن قوله : لا أعطيها الليلة إقرار منه ببقائها ، قال في «البيان»[1] : ولا خلاف في هذا.

وأصل هذه المسألة لابن القاسم في «العتبية» فإنه قال : إذا أتى رب الوديعة للمُودَعِ فقال: إني مشغول أو راكب إلى موضع كذا ؛ فأنظرني إلى غد فأبى ، فتصايحا حتى حلف ألا يعطيه الليلة ، فلما أتاه من الغد قال : إنما تلفت قبل أن تلقاني - ضَمِنَ ؛ لأنه قد أقر بها.

وإن قال : لا أدري متى ذهبت ، وإنما عهدي بها منذ كذا أو كذا حلف وكان القول قوله .

أصبغ : يحلف ما علم بذهابها حين منعه ولقد كان علمه أنها ثَمَّ .

ابن القاسم : وإن قال : تلفت من بعد ما فارقتك ضمن ؛ لتعديه بالتأخير ، إلا أن يكون على أمر لا يستطيع الرجوع فيه أو يكون في رجوعه عليه ضرر فلا يكون عليه حينئذ الضمان .

أصبغ : ليس هذا تعديا ، وليس عليه ضمان - كان عليه شغل أو لم يكن - إلا أن يكون في يده أو يكون عند بابه وليس فيه فتح ولا غلق ، ولا أمر يتم إلا برجوعه ونظره ، فإن جاء مثل هذا ضمن وإلا لم يضمن .

قال في «البيان»[2] : وظاهر قول ابن القاسم أنه محمول على التعدي حتى يثبت العذر، وظاهر قول أصبغ أنه محمول على العذر حتى يثبت التعدي ، ولا خلاف في هذه المسألة إلا في هذا الوجه [وحده][3] .

وقد وقع في «النوادر»[4] لمحمد بن عبد الحكم أنه لا ضمان عليه تلفت قبل أو بعد .

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/٣٠٦) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/٣٠٦) .
(٣) سقط من ط .
(٤) « النوادر والزيادات » (١٠/٤٣٩) .

وليس ذلك خلافاً لما تقدم ؛ لأن معني «قبل» : إذا لم يعلم بذلك إلا بعد ، ومعنى قوله : (أَوْ بَعْدَهُ) إذا كان له في منعه عذر .

فَإِنْ قَالَ : لا أَدْرِي مَتَى تَلِفَتْ لَمْ يَضْمَنْ .

قد تقدم هذا من كلام ابن القاسم في المسألة السابقة ، ووجهه الحمل على أنها تلفت قبله ولم يعلم بذلك ؛ إذ الأصل في الوديعة عدم ضمانها .

وَلَوْ طَلَبَهَا فَأَبَى حَتَّى يَأْتِيَ الْحَاكِمَ فَهَلَكَتْ فَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لا ضَمَانَ....

يصح في (الْحَاكِمَ) فتح الميم على المفعولية وهو الأصل ، ويصح ضمها على الفاعلية، وهذا كما كان في بعض القرى أن الحاكم يأتي إليها .

وقوله : (كَانَ) أي : الإيداع ، وذكر في «البيان»[1] في هذه ثلاثة أقوال :

الأول : لا ضمان عليه وإن قبضها بغير بينة ؛ لأن له في ذلك عذراً يقبل ؛ لأنه يقول خفت شغبه وأذاه ، وهو لابن عبد الحكم .

الثاني : أنه ضامن وإن قبضها ببينة ؛ لأنه متعد في منع أدائه إلا بالسلطان ، وكان يقدر أن يشهد عليه بالرد كما أشهد عليه هو بالقبض ، وإلى هذا ذهب ابن دحون ، فالرهن والوديعة على مذهبه سواء .

والثالث لابن القاسم في «العتبية»[2] : إن دفع الرهن والوديعة بغير بينة فهو ضامن ، وإن كان ببينة فلا ضمان .

وهذا القول هو الذي قدمه المصنف ، والقول الثاني في كلامه هو لابن عبد الحكم ، وأظهرها قول ابن دحون ؛ لأن الشغب يدفع بالبينة .

وَلَوْ طَلَبَهَا فَقَالَ : ضَاعَتْ مُنْذُ سِنِينَ ، وَلَمْ يَكُنْ يَذْكُرُ هَذَا وَصَاحِبُهَا حَاضِرٌ - فَلا ضَمَانَ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : إِذَا لَمْ يُعْرَفْ مِنْهُ طَلَبٌ ضَمِنَهَا ، وَكَذَلِكَ الْقِرَاضُ .

تصور المسألة ظاهر .

قال في «البيان»[3] : وقول ابن القاسم أظهر ؛ لأن الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣١٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣١٤) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣١٠) .

بيـقين، وهو قول ابن عـبد الحكم ، فـإنه قال : يحلف ولا شيء عليـه ، ونقل ابن عـبد الحكم قول أصبغ عن الأصحاب .

وقوله : (**وَكَذَلِكَ الْقِرَاضُ**) هو تشبيه في قول ابن القاسم ، وكذلك في «العتبية»[١] ويأتي فيه قول أصبغ.

وَإِذَا ادَّعَى الرَّدَّ قُبِلَ مُطْلَقـاً ، وَقِيلَ : مَا لَمْ تَـكُنْ بَيِّنَةٌ مَقْصُـودَةُ التَّوَثُّقِ فَتَلْزَمُـهُ ، بِخِلافِ التَّلَفِ....

(**مُطْلَقاً**) أي : سواء كانت بينة مقصودة التوثق أم لا ، وهذا القول ليس بمنصوص بل إنما نص عليه ابن القاسم في الشيء المستأجر أنه يصدق في دفعه وإن قبضه ببينة ، وخرجه في «المقدمات»[٢] في الوديعة ، قال : يتحصل في المسألة أربعة أقوال :

أحـدها وهو المشهور : أنه لا يصدق في دعوى الرد إذا دفع إليه ببينة ، لا في الوديعة ولا في القراض ولا في الشيء المستأجر .

والثاني : أنه يصدق في جميع ذلك وإن دفع ببينة ، وهو الذي يأتي على ما رواه أصبغ عن ابن القاسم من تصديقـه في رد المستأجر ؛ لأنه إذا صدقه على الرد مع قـيام البينة في المستأجـر الذي قبضه لمنفـعتهمـا جميعـاً فأحرى أن يصدق في الوديعـة التي قبضها لـمنفعة صاحبها خاصة .

والثـالث تفرقة أصبغ : يصدق في المستأجر لا في الوديعة والقراض على ما تأول على ابن القاسم .

والـرابـع : الفرق ، فلا يصـدق في الوديعة إذا دفع إليه ببينة ، ويصدق في المسـتأجر والقراض إن دفع إليه ببينة .

وعلى هذا فـفي تقـديم المصنف للقول الأول نـظر ؛ لأنه على تقدير صحـته خـلاف المشهور .

وقوله : (**مَقْصُودَةُ التَّوَثُّقِ**) أي : يقصد دفع الوديعة بحضرتهم ، وأما إن كان حضورهم اتفاقيا ولو لم يكونوا لدفع الوديعة إليه فهو بمنزلة عدم البينة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣١٠) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٤٥٩) .

اللخمي : وكما لو كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودع : أخاف أن يقول : هي سلف فاشهد لي أنها وديعة وما أشبه ذلك - مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض - فيكون القول قوله في ردها بغير بينة .

وقوله : (**بِخِلَافِ التَّلَفِ**) أي : فيقبل قوله وإن قبض ببينة .

وَفِي يَمِينِهِ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يَحْلِفُ فِي الرَّدِّ .

هذا الكلام معترض ولعله لا يوجد لغيره ، والذي حكاه صاحب «البيان»[١] أنه يحلف في دعوى الرد اتفاقاً .

واختلف في التلف على ثلاثة أقوال : قيل : تتوجه ، وقيل : لا ، وقيل : تتوجه على المتهم دون غيره .

قال في «البيان» [٢]: وهو المشهور ، قال : وأما إن حقق عليه الدعوى فلا خلاف في وجوب اليمين عليه في ردها .

وبهذا تعلم أن قول المصنف فيما يأتي : (**أَمَّا الْمُتَّهَمُ فَيَحْلِفُ بِاتِّفَاقٍ**) ليس بصحيح والله أعلم .

فَإِنْ نَكَلَ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يَحْلِفُ الْمُودِعُ .

أي : فإن نكل المودَع - بفتح الدال - عن اليمين المتوجهة عليه للتهمة فثلاثة أقوال :

أحدها : إنه لا يحلف رب الوديعة ولا غرم عليه ، بناءً أن يمين التهمة لا ترد .

وقيل : يغرم المودع بغير يمين .

والمشهور أنه يغرم بعد حلف رب الوديعة ، وقد ذكر في «البيان»[٣] هذين القولين الأخيرين .

أَمَّا الْمُتَّهَمُ فَيَحْلِفُ بِاتِّفَاقٍ.

وقد تقدم أن فيه الخلاف .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٢٩٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٠٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٠٠) .

وَلَوْ قَالَ: لا أَدْرِي أَضَاعَتْ أَمْ رَدَدْتُهَا فَمِثْلُ رَدَدْتُهَا .

أصل هذا الفرع لأصبغ في «العتبية» .

أصبغ : وإنما لم يضمن لأنه إن دفعها فقد برئ ، وإن ضاعت فهو مؤتمن ، قال : إلا أن يكون المستودع استودعها ببينة فلا يبرأ ، وهذا يؤخذ من تشبيه المصنف بقوله : (**فَمِثْلُ رَدَدْتُهَا**) لأنه قدم أنه يفرق في دعوى الرد بين أن يكون قبضها ببينة أم لا .

قال في «البيان»[1] : وهذا كما قال: إنه لا ضمان عليه إذا قبضها بلا بينة ؛ يريد : بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد دفعها إليه أو تلفت .

وأما إن دفعها إليه ببينة فبيِّنٌ أنه لا يبرأ منها بقوله : لا أدري ؛ لأنه لو ادعى دفعها إليه لم يصدق ، فكيف إذا قال : لا أدري .

ولو قال المودَع لربها : إن كنت دفعت إلي شيئاً فقد ضاع ، فقال عبد الله بن عبد الحكم : إنه يبرأ بيمينه ولو قبضها ببينة .

وَلَوِ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى الْوَارِثِ لَمْ يُقْبَلْ ، وَكَذَلِكَ دَعْوَى وَارِثِ الْمُودِعِ لأَنَّهُمَا لَمْ يَأْتَمِنَاهُ كَالْيَتِيمِ ....

يعني : إذا مات رب الوديعة فادعى المودع أنه ردها لوارثه ، أو مات المودع فادعى وارثه أنه ردها لربها ، لم يقبل دعوى الرد فيهما .

(**لأَنَّهُمَا**) أي : وارث رب الوديعة في الفرع الأول ورب الوديعة في الثاني - لم يأتمنا الدافع ، بل كل منهما دفع إلى غير الذي ائتمنه ، كاليتيم إذا ادعى عليه الوصي الرد .

وَإِذَا قَالَ : هِيَ لأَحَدِكُمَا وَنَسِيتُ عَيْنَهُ تَحَالَفَا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ....

ظاهر كلامه أن الوديعة لم تزل بيد المودع لم يدفعها إلى أحدهما ؛ لقوله : إنهما يتحالفان ويقتسمانها ، وأن ابن المواز قال : عليه ضمان مائة أخرى ، وكذلك نقل ابن يونس القولين ، ونقل غيره أيضاً القولين فيما إذا دفع إلى أحدهما ، ففي «الموازية» : ومن استودع مائة فأتى رجلان يدعيانها فقال : « رددتها إلى أحدكما » فإن لم يثبت أيهما هو

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣١١) .

فهـو ضامن لـكل واحد منهـما مـائة ؛ لأن كل واحد منهـما يدعي أنه أودعـه فلم يقطع بتكذيبه، وقوله للمودِع : لا أدري هل أودعتني ؟! هو كالنكول ؛ فيحلف المدعي ويضمنه، وكذلك لو كانوا عشرة .

وقال ابن عبد الحكم : أما في الدين فيضـمن لكل واحد منهما مائة ، وأما في الوديعة فلم أره مثل الدين .

محـمـد : هما عندي سواء ، زاد محمد في كـتاب الإقرار : ويحلف كل واحد منهما ويحكم له بمائة ، ومن نكل لم يكن له شيء ، وكانت لمن حلف .

فإن نكلا جمـيعاً لم يكن على المقر إلا مائة يقـتسمانها بينهـما بلا يمين عليه ؛ لأنه هو الذي أبى اليمين وردها بعد أن ردت عليه .

محمد : فإن رجع المودع فقال : أنا أحلف أنها ليست لواحد منهما فلابد مِنْ غُرْمِ المائة يقتسـمانها بعد أيمانهـما ؛ لأنه قد أقر أن عليه مـائة ثانية ولا حجة له في إسـقاطها ، ولا حجة لأحدهما في طلب تمام المائة لنفسه ؛ لأن المودع لو قال له : « راجعت معرفتي أنه لا شيء لك » لم يلزمه غيـر اليمين ، واليمين التي حلفها له تجـري عمن طلب منه تمام المائة لنفسه ، وكذلك لو كانت المائة التي عليه دين فيما ذكر سحنون .

وإن استودع وديعة ثم مات فادعاها رجلان كل واحد لنفسه ، فقال ابن الميت : لا أدري إلا أن أبي كان يذكر أنها وديعة فلتوقف أبداً حتى يستـحفظها أحدهما بالبينة ، وقال فيمن أودعه رجل مائـة وآخر خمسين فنسي من صـاحب المائة منهما ، وادعى كل واحد منـهما المائة - إنهما يتحالفان على المائة ثم يقتسمانها والخمسين الباقية ؛ إذ ليس لها مدع ، قال : وقال بعض أصحابنا : يغرم لكل واحد منهما بعد أيمانهما .

وَلَهُ [طَلَبُ][(1)] أُجْرَةِ مَوْضِعِهَا دُونَ حِفْظِهَا .

يعني : إذا كانت الوديعة مما يشغل منزلاً فطلب أجرة الموضع التي كانت فيه فذلك له ، وهكذا في «المقدمات»[(2)] .

ابن عبـد السلام : وأطلق المصنف وغيره في هذا ، وعندي يتقـيد هذا بمن يقتضي حاله

---

(١) سقط من ط .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٤٦٧) .

طلب الأجرة ، كما هو المذهب في رب الدابة يأذن لرجل ، ويقول راكبها : إنما ركبتها عارية ، ويقول ربها : إنما كان الإذن بالأجرة - فالقول قول ربها إذا كان مثله يكري الدواب ، وإنما سقطت أجرة الحفظ لأنه قد اطردت العادة بأن المودع لا يطلب على ذلك أجرة ؛ لأن الحفظ لا تجوز عليه الأجرة لجواز الإجارة على الحراسة .

صاحب «المقدمات»[1] **وغيره** : وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فذلك على ربها .

وَإِذَا اسْتَوْدَعَهُ مَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا فَثَالِثُهَا : الْكَرَاهَةُ ، وَرَابِعُهَا : الاسْتِحْبَابُ ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ: وَالأَظْهَرُ الإِبَاحَةُ لِحَدِيثِ هِنْدٍ ....

هكذا وقع في أكثر النسخ ، وزاد ابن راشد في نسخته بعد كلام الباجي : **(وَقِيلَ : إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلا يَأْخُذُ إِلا مَا يَسْتَحِقُّهُ)** وقد حكى في «المقدمات»[2] الخمسة .

والمنع هو مذهب مالك في «المدونة» ، قيل لابن القاسم : قال ذلك مالك ؟ قال : أظنه للحديث الذي جاء : « **أدِّ الأمانةَ لمن ائتمنك ولا تخن من خانك** »[3] .

والجواز لابن عبد الحكم ، قال : يأخذها وإن كان عليه دين ، وهو مبني على أحد القولين في إجازة رهن المديان وقضائه بعض غرمائه .

والكراهة مأخوذة من قول أشهب : لا آمره إلا بطاعة الله تعالى ، وإن أردت فعله فأنت أعلم .

والاستحباب مأخوذ من قول ابن الماجشون : أرى له أن يستعمل الحيلة بكل ما يقدر حتى يأخذ حقه ، فإن فيه إبراء ذمة المسلم .

والقول الخامس رواه ابن وهب عن مالك ، وروى ابن نافع مثله ، وزاد مع ذلك : إذا أمن أن يحلف كاذباً فيأخذ قدر حقه .

وقال ابن المواز : لا بأس أن يأخذ وإن كان عليه دين ما لم يفلس .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٤٦٧) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٤٥٨) .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٣٥) والترمذي (١٢٦٤) والدارمي (٢٥٩٧) والحاكم (٢٢٩٦) والدارقطني (٣/ ٣٥) والبيهقي في «الكبرى» (٢١٠٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الألباني -رحمه الله- .

ابن المواز عن مــالك : وإن أوصى لصغـير بدنانير ولم يشهـد بذلك إلا الوصي ، فإن خفي دَفَعَ ذلك ؛ بحيث لا يتبع به ، وكـذلك لو دفع فلم يقبل السلطان شهادته فله الدفع إذا خفي ذلك .

البـاجي[1] **وصاحب «المقـدمات»** [2]: وأظهر الأقاويل الإباحة ؛ لحديث هند : إن أبا سفيـان رجل شحيح لا يعطيني من النفـقة ما يكفيني ويكفـي عيالي ، فقال علـيه الصلاة والسلام : « **خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف** » .

وقد يقال في الأخذ منه نظر ؛ لأن هنداً وولدها تجب لهما النـفقة في مال أبي سفيان ، فكان ما تأخذه هو عين حقها ، وكلامنا إنما هو فيمن قدر على مثل حقه لا على نفسه .

قـال في «المقدمـات»[3] : وكـان شيـخنا [ابن رزق][4] يحدثـنا أن قوله عليـه الصلاة والسلام : « **ولا تخن من خانك** » خرج على سؤال ؛ لأنه سئل عن وطء امرأة من ائتمنه عليهـا ، وقد كان السـائل ائتمن الرجل على امرأته فـخانه فيهـا ووطئها ، وكـان يضعف الاحتجاج بهـذا الحديث لهذا المعنى ، لكن اختلف قول مالك وغـيره من العلماء في العام الوارد على سبب خاص .

والصحيح عند أهل الأصول وهو اختيار القاضـي إسماعيل والقاضي أبي بكر وغيرهما من العراقيين الحمل على عمومه ، وبه يصح الاستدلال بالحديث .

واحتج أيضـاً ابن عبد الحكم بقـوله تعالى : ﴿ **فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** ﴾ الآية [البقرة : ١٩٤] .

واحترز المصنف بقوله : **(مَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا)** مما لو ظلمه بغيرها فإنه لا يجوز له الأخذ .

ابن شعـبان : ومن أصحابنا من يقول: إن المستودع إذا جـحد ما كان بيده وهو من غير الذهب ، فوجد له المجـحود ما بقي من الدراهم أو العروض لم يكن له أخـذه ولا بيعه ؛ لأنه يوكل في ذلك ، وبه أقول .

---

(١) « المنتقى » (١٢٨/٤) .

(٢) « المقدمات » (٤٥٨/٢) .

(٣) « المقدمات » (٤٥٨/٤-٤٥٩) .

(٤) في ط : ابن زرقون ، والمثبت هو الصواب ، وابن رزق هو : أبو جعفـر ، أحمد بن محمد ابن رزق الأموى القرطبي ، المتـوفى ٤٧٧هـ ، كان جليلاً حافظاً من أهل الفـقه ، أخذ عن ابن عتاب ، وابن عبد البر،وأخذ عنه ابن رشد ، وأصبغ ، وأبو الوليد بن الجراح وغيرهم.

كتاب العارية

الْعَارِيَّةُ : تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ بِغَيْرِ عِوَضٍ .

هي مشددة الياء ، **الجوهري**(١) : وكأنها منسوبة إلى العار ؛ لأنَّ طلبَها عارٌ وعَيْب .

وأنكر على الجوهري كونها منسوبة إلى العار ، لأنه لو كان كذلك ، لقالوا : يتعيرون؛ لأن العار عينه ياء ، والعارية عند غيره مأخوذة من المعاورة : وهي الأخذُ والإعْطَاء ، يقال: هُم يتعاورون من جيرانهم ، أي يأخذون ويعطون .

ورسمها المصنف بقوله : (**تَمْلِيكُ**... إلى آخره) ، فقوله : (**تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ**) كالحبس ، و (**بِغَيْرِ عِوَضٍ**) أخرج الإجارة وهو غير مانع لدخول العُمْرَى والحبس فيه .

فإن قيل : يمكن أن يجاب عنه بوجهين :

أولهما : منعُ كون العُمْرَى والحبس ليسا بعارية .

ثانيهما : أن العُمْرَى والحبس ليس فيهما تمليك منفعة العين ، وإنما هو فيهما إباحة الانتفاع .

قيل : كلاهما مردود ، أما الأول : فلأنه خلاف الاصطلاح ، وأما الثاني : فلأن المعمر أو المحبس عليه يملكان المنفعة بدليل أنهما يؤجران لغيرهما ، والله أعلم .

وَهِيَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا .

لأنها من المعروف والبر ، فتدخل في قوله تعالى : ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ** ﴾ [المائدة:٢] ، وقد اختلف في قوله تعالى : ﴿ **وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ** ﴾ [الماعون:٧] ؛ فقيل عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما : إنه عاريَّة متاع البيت ؛ كالقدر والفأس .

وذهب مالك والجمهور إلى أن الماعون الذي توعد الله على منعه هو الزكاة المفروضة .

فرع :

قال في «المقدمات»(٢) : وأجرة حمل العارية على المستعير ، واختلف في أجرة ردها ،

---

(١) « الصحاح » (٢/٥) .

(٢) « المقدمات » (٢/٤٧٤) .

فقيل : على المستعير ، وهو الأظهر ، وقيل : على المعير ؛ لأن العارية معروف فلا يكلف أجرة بعد معروف صنعه .

أبو الحـــسن : واختلف في علف الدابة المعـارة ، فقيل : على المعيـر ، وقيل : على المستعير .

الْمُعِيرُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ؛ فَتَصِحُّ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ والْمُسْتَأْجِرِ .

يعني : أن أركانها أربعة : المعير والمستعير والمستعار وما به الاستعارة .

وتكلم المصنف على الأول منهـا فالأول ، وشرط في المعـير شرطـين : أن يكون مالكاً للمنفعـة ، وأن يكون غير محـجور عليه ، أمـا الأول فظاهر ، وأما الثاني فلأنهـا تبرع ، وصحت من المستعير والمستأجر ؛ لأنهما مـالكان للمنفعة ، ونبه بالمستعير على أن الصحيح عند الشافعية : أنه لا يعير .

ومنشـأ الخلاف : هل المستعير مالك للمنفعـة كالمستأجر أو لا ؟ وإنما ملك الانتفاع ، ويتخرج عندنا الخلاف في جواز إعارة الثوب المستعار من الخلاف في إجارته لمن استأجره ، وكذلك فيمن اكترى دابة ليركبها فإن قول مالك اختلف في كراهة كرائها من غيره .

وكذلك اختلف هنا ، ففي «الجلاب»(١) : ومن استعار شيئاً إلى مدة فلا بأس أن يكريه من مثله .

وفي «المدونة»(٢) : لا بأس أيضاً أن يعيرَه من مثله .

وفي كتاب ابن شعبان : من استعار دابة ليركـبها ، فلا يُركبها غيره ، وظاهره بعارية أو كراء .

واعلم أن تمليك الانتفاع كسُكنَى المدارسِ والجلوس في المساجد والأسواق ، له أن ينتفع بنفســه فقط ، ولا يعـاوض عنه ، وتمليك المنفعـة كالإجـارة ، والعارية عندنا له الانتـفاع والإيجار كـالملك بالنكاح من ملك الانتفـاع ، ويستثنى من هذا جـواز إنزال الضيف لأهل

---

(١) « التفريع » (٢/ ١٣٩) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٨٦) .

المدارس والرباط المدة اليسيرة للعادة ، ولا يجوز استيطانه ببيت المدرسة دائماً ولا إيجاره ، ولا خزن القمح فيه ، وكذلك ماء الصهاريج بها ، لا يجوز بيعه ولا هبته ولا الانتفاع به فيما لم تجر العادة كالصبغ الكثير ، ويستثنى الشيء اليسير من ذلك ، وكذلك طعام الضيف لا يجوز له بيعه ولا إطعامه ، وله إطعام الهر للعادة ، وكذلك البسط في الأوقاف لا يتغطى بها ، والزيت للاستصباح لا يباع ؛ لأن التمليك فيها مقصور على جهة العادة بشهادة العوائد ، ذكر ذلك القرافي في «قواعده» .

الْمُسْتَعِيرُ : أَهْلٌ لِلتَّبَرُّعِ عَلَيْهِ ، فَلا يُعَارُ ذِمِّيٌّ مُسْلِماً .

يعني : أنه يشترط في المستعير أن يكون أهلاً لأن يتبرع عليه بالمستعار ، فلخصوصيته بذلك لا يعار ذمي مسلماً لما في ذلك من إذلال الكافر المسلم ، وهو ممنوع ، وكذلك المصحف له ، وكذلك لا يعار السلاح لمن يقاتل به فيما لا يحل ، ولا الأواني لمن يستعملها فيما لا يحل كالخمر ، ولا الدابة لمن يركبها لإذاية مسلم ونحو ذلك .

الْمُسْتَعَارُ مَنْفَعَةٌ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، فَالأَطْعِمَةُ والنُّقُودُ قَرْضٌ .

يعني : أن المستعار المنفعة لا الذات .

وقوله : (**مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ**) أي على ملك ربها ، وإن استلزم الانتفاع ذهاب العين كما في الأطعمة والنقود ، لم يبق ذلك عارية بل هو قرض ، وأشار اللخمي إلى أنه تصح إعارة الدراهم والدنانير لمن لا يتلف أعيانها كالصيرفي يجعلها ظاهرة عنده ليراها الناس فيرغبون في الصرف منه ، وكذلك الرجل عليه دين يقل ما بيده فيستعيرها لذلك .

خليل : وينبغي أن يمنع هذا لوجهين :

أولهما القياس على إجارتها ، فقد قال المصنف: (ولا تصح إجارة الدنانير والدراهم ، وقيل : إن لازمها ربها صح) .

والثاني أن في ذلك إيهاما للناس وتغريرا لهم ، والله أعلم .

وَأَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مُبَاحَةً فَلا تُسْتَعَارُ الْجَارِيَةُ لِلاسْتِمْتَاعِ .

وهو معطوفٌ على (**بقاءِ العين**) أي المستعارُ منفعةٌ بشرط بقَاءِ الْعينِ ، (**وَأَنْ تَكُونَ**

الْمَنْفَعَةُ مُبَاحَةً) ولا يريد كونها مباحة في جنسهـا ؛ فإن ذلك شرط في صحة ملك المعير لها، وإنما يريد كون تلك المنفعة مـباحة للمستعير ، فلذلك لا تستعـار الجارية للاستمتاع ، ودخل في ذلك الوطء ومقـدماته ، لما في ذلك من عاريَّة الفروج ؛ ولأنه لا يسـتباح ذلك إلا في ملك أو نكاح ، وخالف عطاء بن أبي رباح في هذا وأجازه .

وقد بالغ أهل مذهبنا في هذا حتى منعوا قرض الجواري المؤدي إلى عارية الفروج .

ويُكْرَهُ أَنْ يستخدمها لِغَيْرِ الْمحْرَمِ والنِّسَاءِ والصبيان .

عبر بالكراهة تبعاً لابن شاس(١) .

وقد نص اللخمي في بـاب الإجارة : أن إجارة المرأة للرجل الغريب غيـر جائزة ، كان مـأمونا أم لا لقـوله علـيـه الصـلاة والسـلام : « **لا يخلو رجـل بـامرأة ليـس بينه وبينهـا محرم** »(٢) .

وإن كان له أهل وهو مأمون جاز ، وإن كان غير مأمون لم يجز إلا أن تكون متجالة لا إرب للرجل فيـها ، أو يكون هو شـيخ فان ، وعلى هذا فـمراده بالكراهة هنا التـحريم ، ونص اللخمي في باب العاريـة : على أنه تصح هبة خدمة الجارية للأجنبي إذا كـان مأموناً وله أهل ، فإن كان غير مأمون أو كان مأموناً ولا أهل له لم يجز للحديث المتقدم .

واستثنى [المصنف](٣) المحرم والنساء والصبيان ؛ لأن الاستمتاع مأمون في حقهم .

اللخـــمي : وتجوز هبة منافعـها لمن لا يحل له إصابتها من أقاربـها إذا كان الواهب قد أصابها مثل : ولده وولد ولده وأبيه وجده ؛ لأنها صارت من ذوات محارمه ، وهذا داخل تحت قوله : (مَحْرَم) .

ولا يَجُوزُ اسْتِخْدَامُ أَحَدِ الأَبَوَيْنِ بِالْعَارِيَةِ ، وَتَكُونُ الْمَنَافِعُ لَهُمَا .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٣٢) .
(٢) أخرجه البخارى (٢٨٤٤) ومسلم (١٣٤١) من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- .
(٣) سقط من ط .

يلحق بالأبوين كل من يعتق عليه ؛ لأن الاستـخدام من توابع الملك ، فمن لا يجوز له التمـليك ، لا يجوز له الاسـتخدام ، وتكون المـنفعة للـعبد والأمـة دون من وهبت له ، واستدل اللخمي على ذلك بقول مالك في من عجل عـتق عبده على أن يخدمه شهراً ، أن الخدمة ساقطة ، قال : لأنها بقية رق ، بخلاف أن يجعل عليه دراهم .

ابن عبد السلام : فإن قلت: هل تلحق الإجارة بالعارية في هذا ؟ قيل : هو محتمل ، وقد قال في «المدونة» (١): ولا بأس أن يؤاجر الرجل أمه وأخته أو ذات محرم على رضاع ولده.

وَتَحْصُلُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهَا .

زاد في «الجواهر»(٢) من قول أو فعل ، وهذا هو الركن الرابع .

وقوله : على معناها : أي على تمليك المنفعة بغير عوض .

وَلَوْ قَالَ : أَعِنِّي بِغُلامِكَ أَوْ ثَوْرِكَ يَوْماً وأَعِينُكَ بِغُـلامِي أَوْ ثَوْرِي يَوْماً فَإِجَارَةٌ ، وأَجَازَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، ورَآهُ مِنَ الرِّفْقِ ....

(**فَإِجَارَةٌ**) يعني ليس بعارية ، وهكذا صرح به ابن شاس ؛ لأنه إنما ينظر إلى المعنى ولا ينظر إلى اللفظ ، فإن قوله : (**أعنِّي**) قريب من العارية ، وإذا كان إجارة فيشترط أن يكون ما يقع التعاون فـيه معلوماً سواء كان من نوع واحد كـالحصاد أو نوعين كالدراس والبناء ، وأن يكون زمان العمل قـريباً من عقد هذه الإجارة ، فلو قال : أعنّي بعـبدكِ غداً على أن أعينك بعبدي بعد شهر لم يجز ؛ لأنه نقد في منافع معين يتأخر قبضها .

فإن قيل : إذا كان إجارة واشترط انتفاع الغرر في العمل في زمانه فأين الرفق ؟

قـــيل : لعله في المتقدم من الـغلامين ، وأن هذا العقد جائز ، وإن لم يتـفاهما ، أي الغـلامين يكون عملـه أولاً ، هكذا قال ابن عـبد السـلام ، وانظر لم نسب الجـواز لابن القاسم فقط ؟

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٠) .
(٢) « الجواهر » (٢/ ٧٣٢) .

الضَّمانُ : إنْ كَانَ ممَّا لا يُغَابُ عَلَيْه لَمْ يَـضْمَنْ إلا أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ ، وإِنْ كَانَ ممَّا يُغَابُ عَلَيْهِ ضَمِنَ إِلا بِبيِّنَةٍ عَلَى تَلَفِه ، وقَالَ أَشْهَبُ : ولَوْ قَامَتْ ...

تقدمت نظائر هذه المسألة والكلام عليها في الرهن وغيره ، وحكى ابن شعبان عن مالك قولاً أنه لا ضمان عليه إلا أن يشترط ، حكاه في «المقدمات»[1] وظاهره كان مما لا يغاب عليه أو لا .

وذكر اللخمي أن ابن شعبان حكى عن مالك أنه لا يصدق في ذهاب الحيوان والعبيد والدواب .

اللخمي : وقيل: لا يصدق فيما صغر خاصة ؛ لأنه يخفى إذا غيب عليه ، وقد يرجع هذا القول فيما يراد منه الأكل دون غيره .

ابن المواز : وإذا قلنا : لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها .

اللخمي : ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة ؛ لأن العبد حائز لما عليه .

ومَا عُلِمَ أَنَّهُ بِغَيْرِ سَبَبِه - كَالسُّوسِ فِي الثوب - يَحْلِفُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ فَسَاداً فيبْرَأُ .

هكذا في «الموازية» ، ولا يكفي في اليمين : ما أراد فساداً ، بل يزيد فيها : ولا ضَيَّع ، وألحق التونسي الفأر بالسوس في هذا ، وساوى اللخمي بين الفأر والسوس والحرق بالنار في الضمان ، قال : لأن الغالب أن النَّار لا تحدث إلا من فعله إلا أن يثبت أنه من غير فعله ، وكذلك السُّوس إنما يحدث من الغفلة عن اللباس والمعير يقول : لو لبسته لم يتسوس ، وقرض الفأر لا يحدث إلا لأمر كان من اللباس من رائحة طعام ونحوه .

قال : وحيث ضمَّناه القيمة فهل يوم العارية أو يوم التلف ؟ قولان مخرجان من القولين في الرهن ، وما لا ينقص بالاستعمال يغرم جميعه ، وكذلك ما ينقص إذا كانت مدة العارية قريبة لا ينقص في مثلها ، وإن كانت بعيدة ينقص في مثلها ضمن قيمة ما يبقى بعد انقضاء مدة العارية .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٥١) .

وإِذَا اشْتَـرَطَ إِسْقَـاطَ الضَّمَـانِ فِي مَا يَضْـمَنُ ، أَوْ إِثْبَاتَهُ فِي مَـا لا يَضْمَنُ - فَفِـي إِفَادَتِهِ قَوْلانِ....

نحوه في «الجواهر»[1] ما إذا اشترط إسقاط الضمان في ما يضمن ؛ كالثياب ونحوها ، فقال المازري في كلامه المنسوب إليه على «المدونة» : في المسألة قولان .

وقال في «شرح التلقين» واللخمي وغيرهما : اتفق ابن القاسم وأشهب هنا على إعمال الشرط ، وإن كـانا قد اختـلفا في الرهن ؛ لأن العارية مـعروف ثان لا مـانع منه بخلاف الرهن .

اللخـمي : وقال سحنون : في من أعطى لرجل مالاً يكونُ له ربحهُ ولا ضَمَانَ عليه ، أنه ضامن ، فعلى هذا يسقط شرطه في الثياب .

والذي في «المقـدمات»[2] الضمان لابن القـاسم ، وأنه قال في بعض روايات «المدونة» وهو أيضاً في «العتبية»[3] لابن القاسم وأشهب في بعض روايات من كتاب العارية ، قال: وعلى ما حكاه ابن أبي زيد في «المختصر» عن أشهب في الصانع يشترط الضمان عليه ، أن شرطه جائز ينفعه الشرط في العارية ، قال : لأنه إذا لزمه في الصانع فأحرى في المستعير؛ لأن المعير إذا أعـاره على أن لا ضمان فقـد فعل المعروف معـه من وجهين ، إلا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه ، فلا يلزمه على أحد القولين .

وأما إذا اشترط إثبات الضمان فيما لا يضمن من حيوان ونحوه ، فقال مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه : الشرط باطل مطلقاً إلا **مطرفـاً** فإنه قال : إن شرط عليه الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك فالشرط لازم إن عطبت في الأمر الذي خافه ، واشترط الضمان من أجلِهِ ، وإن هلكت بغير ذلك لم يضمن .

والظاهر أن المصنف لم يرد قول مطـرف ؛ لأن كلامه لا يبنى على التفـصيل ، وظاهر كلامـه أنه يضمن على أحـد القولين ؛ وهذا ليس بمنصوص بـل خرجه اللخـمي ، قال : ويجري فيها قول بالضمان كمـا شرط ؛ لأنه الواجب في أحد قولي مالك من غير شرط ، فقد دخلا على التزام أحد القولين .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٣٤) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢٥٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٣٠) .

وَإِذَا ادَّعَى كَسْرَ السَّيْفِ أَوِ الْفَأْسِ بِاسْتِعْمَالِهِ وَأَحْضَرَهُ لَمْ يُقْبَلْ إِلا بِبَيِّنَةٍ ، وَقِيلَ : يُقْبَلُ .

يحتمل أن يريد بـالقول الأول مذهب «المدونة» [١] ونصها : وإن استعار سـيفاً ليقاتل به فانكسر لم يضمن ؛ لأنه فعل به ما أذن له فـيه ، وهذا إذا كانت بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء وإلا ضمن ، وفي «البيان»[٢] في هذه المسألة أربعة أقوال :

الأول لابن القاسم في «العتبية» وابن وهب أنه لا يصدق إلا ببينة .

الثـــاني أنه يصدق إذا ائتمن ذلـك بما يشبه وهو قول عيـسى بن دينار ومثله حكى ابن حبيب في «الواضحة» عن مطرف وأصبغ واختاره ؛ لأنه من محاسن الأخلاق أن يصلحه .

الثالث : قوله في «المدونة»[٣] في السيف أنه لا يصدق إلا أن تكون له بينة أنه كان معه في اللقاء .

الرابع : قول سحنون : يضمن إلا أن تكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له قال : وهو أبعد الأقاويل ، وأولاها بالصواب قول عيسى .

والظاهر من قول المـصنف أنه أراد بالقول الأول قول ابن القـاسم في «المدونة» ، وعلى هذا ففي تقديمه نظر .

اللخـــمي : وأما الرحا تسـتعار ليطحن عليها فـيأتي بها وقد حفـيت فلا شيء عليه بالاتفاق .

وَلا يَتَعَدَّى الْمَأْذُونَ فِيهِ ؛ فَلا يَزْرَعُ مَا ضَرَرُهُ أَكْثَرُ .

إذا أعاره أرضـاً مثلاً ليزرع فـيها شيـئاً ، فليس للمسـتعير أن يزرع مـا هو أضر منه ، ومفهومه أنَّ له أن يزرع ما هو مساوٍ في الضرر للأول ، وهو صحيح صرح بذلك صاحب الجواهر[٤] وغير واحد .

وفي «المـدونة» [٥]: وإن استعارَ دابةً ليحمل عليها حنـطة فحمل عليها حجارة فكل ما حمل مما هو أضر مما استعارها له ، فعطبـت به فهو ضامن ، وإن كانت مثله في الضرر لم

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤١٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٣٠) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤١٢) .

(٤) « الجواهر » (٢/ ٧٣٤) .

(٥) « المدونة » (١٤/ ٣٠٢) .

يضمن؛ كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاناً أو قطناً في مكان بز ، فظاهرها أنه إذا حمل عليهـا ما هو أضر فـعطبت فهو ضـامن ، سواء زاد ما تعطب بمثله أم لا ، لكن الشـيوخ فصلوا ذلك ؛ فقالوا : إن كـانت تلك الزيادة لا تعطب بمثلها فعطبت فليس لربِّ الدابة إلا كراء الزيادة فقط ، وإن كان ذلك الزائد مما تعطب بمثله خيـر ربها في أن يضمنه قيمة الدابة يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك أو يأخذ كراء الفضل فقط .

ابن يـونس : ومعرفة ذلك أن يقال : كم يساوي كراؤها فـيما استعارها له ؟ فإن قيل : عشرة ، قيل : وكم يساوي كراؤها في ما حمل عليها ؟

فـإن قـيل : خمسة عـشر ؛ خير رب الدابة بين أن يُضمنَه قيمة الدابة أو يأخـذ الخمسة الزائدة فقط ، وأما إن كانت تلك الزيادة لا تعطب بمثلها فلـيس عليه إلا الخمسة ، وكذلك إن لم تعطب فليس له إلا كراء الزيادة .

فَلَو أَطْلَقَ فَاسْتِعْمَالُ مِثْلِهَا .

يـعـنـي : فإن استعـار شيئا ولم يبين الوجه الذي استعـاره من أجله ، فإنه يتعين ذلك بمقتضى العادة .

بل نص في «المدونة» على أنه يتـرك ظاهر اللفظ للعـادة ، ففـيهـا : وإن استعـار دابة ليركبها حيث شـاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إلى إفريقيـة ، فإن كان وجه عاريته إلى ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن .

والذي يسأل رجـلاً أن يسرج له دابة ليركبـها في حاجة فـيقول له : اركبهـا إلى حيث أحببت ، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام .

ولمراعاة العادة يحمل أيضاً عليها عند الاختلاف ، ففي «المدونة»(١) : ولو استعار مُهراً فحَملَ عليه بزا لم يصدق أنه استعاره لذلك ، وإن كان بعيراً صُدِّق .

وَهِيَ لازِمَةٌ فَإِنْ أَجَّلَهَا بِمُـدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ لَزِمَتْ إِلَى انْقِضَائِهِ وَإِلا فَالْمُعْـتَادُ فِي مِثْلِهَا ، وَفِي اللُّزُومِ قَبْلَ الْقَبْضِ قَوْلانِ ....

أي : لازمة بالقول ؛ لأنهـا نوع من أنواع الهبة فتلزم كبـقية الأنواع ، والظاهر أن المراد بقوله : لازمـة إذا حصل الإيجاب والقبـول ، لقوله بعد ذلك : وفي اللزوم قـبل القبض

(١) « المدونة » (١٥/١٦٦) .

قولان ، واللزوم هو أصل المذهب كـالهبة ، وهو قـول ابن القصار ، ولعل القـول الآخر مبني على الشاذ في الهبة أنها تلزم بالقول ، وحكاه في «الجواهر»[١] عن أشهب وزاد عنه أن له الرد بعد القبض بالقرب .

وقال القاضي أبو الفـرج: ما روي من وجوب العارية بالقـول دون الإقباض إنما هو في الأرضين .

[ابن راشد][٢] : ويريد أبو الفرج قوله في «المدونة» في الأرض يعيرها للبناء أو للغرس إنه ليس له إخراجه بقرب الغرس أو البناء .

وقوله : فإن أجلهـا بمدة : أي كشهر أو عمل ؛ كزرع بطن لزمت إلى انقـضائها **(وَإِلا فَالْمُـعْتَادُ فِي مِـثْلِهَا)** أي وإن لم يضرب أجلاً ، وهكذا روى الدمـياطي عن ابن القاسم أنه قال : وإن لم يضرب له أجلاً ، فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار إلى مثله من الأمد .

ابن يـونس : وهو صواب ؛ لأن العرف كالشَّرط ، وذكر أشهب في كتابه أنَّ للمعير إذا فرغ المستعير من بنائه وغرسه أن يخرجه فيما قرب أو بعد ؛ لأنه إعارة إلى غير أجل ، وقد فرض إذا لم يضرب أجلاً ويعطيه رب الأرض قيمته مقلوعاً ويأخذه أو يأمره بقلعه .

وروى عنه الدمياطي أنه له إخراجه متى شاء إن كانت له حاجة إلى عرصته أو إلى بيعها سواء تقدم بيـنهما شرط أم لا ، وإن كان لغـير حاجة ولكن لشيء وقع بينهـما ، فليس له ذلك .

وقال أصبغ : إذا لم يسكن فليس له إخراجه أيضاً .

وإن أعطاه قيمته قائماً إلا برضاه وبه أخذ يحيى بن عمر .

وَإِذَا انْقَضَتْ مُـدَّةُ الْبِنَاءِ أَوِ الْغَرسِ فَلَهُ دَفْعُ قِيـمَتِهِ مَـقْلُوعاً بَعْدَ مُحَـاسَبَتِـهِ بِأُجْرَةِ الْقَلْعِ وَإِخْلاءِ الأَرْضِ ، أَوْ يَأْمُرُهُ بِقَلْعِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ بَعْدَ نَقْضِهِ أَخَذَهُ مَجَّاناً ....

يعني **(إِذَا انْقَـضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ أَوِ الْغَـرسِ)** أي المدة المشترطة بالشرط أو بالعـادة فللمعير دفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٣٥) .

(٢) سقط من ط .

وقـوله : **(بَعْدَ مُـحَاسَبَتِه)** هكذا نص عليه محمد وابن شعـبان وغيرهما ، ومعناه أن يسقط من النقض قيمة قلع البناء وتنظيف الأرض لتعود كما كانت وكذلك الشجر .

مثاله : أن يقال : كم تساوي قيمة النقض الـذي في هذا أو الشجر بعد قلعه ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وبكم يقلع هذا ؟ فيقال : بعشرة ، ويقال : وكم تساوي الأرض لتعود كما كانت فيقال : عشرة ، فيعطيه ثمانين .

قال غير واحد : إلا أن يكون المستعيـر ممن يتولى القلع وتنظيف الأرض بنفسه أو بعبده فلا يسـقط لذلك شيء ، وقيل : إن ما نص عليـه محمـد من إسقاط أجـرة القلع خلاف مذهب ابـن القاسم في «المدونة» ، فـإن مذهبه فـيهـا لا يحط ذلك ، وإلى هذا ذهب ابن دحون .

واعتل في ذلك بأن الغـاصب لو هدمه لم يكن للمـغصوب منه أن يأخـذه بالقيمـة بعد هدمه ، وكذلك أنكر ابن سهل كلام ابن المواز ، واعتقد أن قيمة البناء مقلوعا تستلزم طرح أجرة القلع ، فلا ينبغي أن تسقط مرة أخرى ، وليس بالبين ، فإن تقويم البناء مقلوعاً أعم من كل واحد من وجهي طرح أجرة القلع وعدم طرحه ، والأعم لا يستلزم الأخص .

وروى مطرف وابن الماجـشون أن كل من بنى في أرض قـوم أو غرس بإذنهم وأعلمـهم فلم يمنعوه ولا أنكروا عليه فله قيمته قائمـاً ؛ كالباني بشبهة ، وكذلك من تكارى أرضاً أو بنى في أرض زوجته .

ابن حـبـيب : وهو قول ابـن كنانة وجمـيع المدنيين ، وقاله ابن القـاسم ، وعلى هذا فالغاصب متفق عليـه أنه يأخذ قيمة البناء مقلوعاً ، والمستحـق من يده متفق عليه أنه يأخذ قيمة البناء قائماً ، ويختلف في المستعير والمكتري .

قوله : **(أَوْ يَأْمُرُهُ بِقَلْعِه)** يعني أن رب الأرض يخير في أمرين : إما أن يعطيه القيمة كما تقدم ، وإمـا أن يأمره بقلع بنائه ؛ هذا بشرط أن يكون للبنـاء والغرس قيمـة بعد القلع ، وأما إن لم تكن له قيمة بعد القلع فلا يكون للباني فيه شيء .

وَقِيلَ لِلْمُعِيرِ الإِخْرَاجُ فِي الْمُدَّةِ الْمُعْتَادَةِ إِذَا أَعْطَى مَا أَنْفَقَ ، وَقِيلَ : قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ .

يعني : أن المدة المشترطة ليس للمعير الإخراج قبل انقضائها ، وأما المعتادة ففيها قولان:

الأول : وهو الذي قدمه المصنف ، أنها كالمشترطة وهو قوله : **(وإلا فالمعتاد في مثلها)**.

والثـاني : أن للمعير الإخراج فيها ، فقوله : **(وَقِيلَ : لِلْمُعِيرِ)** مقابل لقوله : **(وإلا فالمعتاد في مثلها)** .

والأول لمطرف وابن الماجشون ، والـثاني : مذهب المدونة[1] ففيـها : ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس ، فلمـا فعل أردت إخراجـه إلا أن تعطيه ما أنفق ، فإمـا بقرب ذلك مما لا يشبه أن يعيره إلى مثل تلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجه .

وقال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد .

وإلى هذا أشار المصنف بقوله : **(إِذَا أَعْطَى مَا أَنْفَقَ ، وَقِيلَ : قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ)** .

وهذا الكلام من المصنف يدل على أنه حمل ما في «المدونة» على الخلاف ، وهو تأويل غير واحد ، وجمع بعضهم بينهما فقال : يعطيه ما أنفق إذا اشترى المستعير ذلك للعمارة ، وقيمة ما أنفق إذا كان ما أنفقه في ملكه ولم يشتر .

وقيل : ما أنفق إذا كان بالقرب جداً ؛ كاليوم واليومين ، وقيمة ما أنفق إذا طال الأمد؛ لأنه تغير بانتفاعـه ، وقيل : ما أنفق إذا لم يكن فيه تغابن أو كان فيـه تغابن يسير ، ومرة رأى القيمة أعدل ؛ إذ قد يسامح مرة فيما يشتريه ومرة يغبن فيه .

قال في «النكت»[2] : فهو على هذا الذي وصفنا لا يكون اختلاف قول .

ابن يونس : والثالث والأول محتملان ، وأما الثاني فخطأ ؛ لأنه إنما يعطيه قيمة ما أنفق يوم البناء ، فلا يراعي تغييراً ولم يتغـير ، ولو عكس هذا لكان أولى ؛ لأن ما تقدم وتغير القيمة فيه يوم البناء متعذرة لتغـيره ، ولا يقال : كيف كان حاله يوم البناء فيجب أن يعطيه ما أنفق لهذا ، ومـا كان بالقرب ولم يتغير فـالقيمة فيه مـخلصة ، فإذا أعطاها لم يظلم؛ لأنها متوسطة .

وفي «مختصر حمديس» : إذا أعطاه ما أنفق ، يعطيه أجرة مثله في كفايته ، ليس على قيامه فقط ؛ لأن رب الأرض قد يجد ما ينفق ويعـجز عن القيام ، ولو نشأ ذلك من عجز عن القيام أن يعير أرضاً ، فإذا استوى البناء والغرس أخرجه وقال : هذه نفقتك .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٠٩) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ٦٠) .

أبو الحسن: قالوا: وإذا أعطاه قيمته قائماً، فمعناه على التأبيد بخلاف أول مسألة كتاب الاستحقاق، فإنه إذا أعطاه قيمته قائماً فإنه إلى تمام المدة، قالوا: والفرق بينهما أن ما في الاستحقاق أن المستحق لم يأذن له وإنما أذن له غيره، وهنا الإذن من رب الأرض.

تنبيهان:

الأول: قد تقدم في آخر الشركة أن ابن زرقون حصل في هذه المسألة ومسألة عارية الجدار لغرز الجذع ستة أقوال، فانظرها.

الثاني: استقرأ ابن الهندي من المسألة هذه من قوله: (ليس لك إخراجه في المدة القريبة) أنّ من أسلف رجلاً سلفاً ثم أراد تعجيل أخذه بالقرب فإنه ينظر إلى قدر ما ينتفع به في مثله، فإن كان قدر ما ينتفع به من الأمد فإنه يقضي عليه وإلا فلا، وهو منصوص أيضاً في «العتبية»[1].

وإِذَا تَنَازَعَا فِي الْعَارِيَةِ وَالإِجَارَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالك إلا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْعُرْفُ.

يعني: إذا ركب دابَّة رجل إلى بلد وادَّعى أنه أعارَهُ إيَّاها، وقال ربُّها: بل اكتريتُها منِّي، فالقولُ قولُ ربِّها.

ابن راشد: مع يمينه.

ابن يونس: لأنه ادعى عليه معروفاً.

وقوله: (**إِلا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْعُرْفُ**) قال في «المدونة»[2]: بأن يكون ربها لا يكري الدواب لشرفه وقدره، وهذا هو المراد بقوله: (**إِلا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْعُرْفُ**) وليس المراد مجرد قوله: ولا يكري عادة، فإن هذا مقبول القول.

ذكر هذا في «النوادر»[3] عن أشهب فقال: وقال أشهب: القول قول المالك وإن كان ممن لا يكري دابته ويحلف لقد أكراها ويحلف الآخر ما أكراها ويغرم قيمة الكراء؛ وهذا ما لم يكن أكثر مما ادعاه صاحبها، إلا أن يكون رجلاً شريفاً عظيم القدر يأنف مثله من كراء دوابه، فيكون القول قول المستعير مع يمينه.

ابن عبد السلام: وهو معنى ما في «المدونة».

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٥/ ٣٢٢).

(٢) «المدونة» (١٥/ ١٧٢).

(٣) «النوادر والزيادات» (١٠/ ٤٦٢).

وفي **اللخمي** : وقال ابن كنانة : إن كان صاحب الدابة ممن يعرف بكراء الدواب ولذلك حبسها وهي بضاعته حلف وأخذ الكراء إذا ادعى ما يشبه أن يستأجر به ، وإن كان ممن لا يعرف بكراء الدواب ولا ذلك عمله ، حلف الآخر أنها عارية ولا شيء عليه ، وحيث قلنا القول قول المالك في أنه لم يأذن إلا بعوض ، فهل يقبل قوله في مقداره ؟

قال في الجعل والإجارة : وإن ادعى رب المتاع أن الصانع عمله بإطلاق وقال الصانع : بل بأجر ، صدق الصانع فيما يشبه الأجر وإلا رد إلى أجر مثله .

وفي أكرية الدور : ومن أسكنته دارك ثم سألته الكراء ، فادعى أنك أسكنته بغير كراء، فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع يمينك ، وقال غيره : على الساكن الأقل من دعواك أو من كراء المثل بعد أيمانهما .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي النِّهَايَةِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَرْكَبْ إِلَى الأَبْعَدِ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمالكِ .

يعني : إذا اتفقا على العارية واختلفا في النهاية ، فقال المعير مثلاً : أعرتكها من مصر إلى غزة ، وقال المستعير : بل إلى دمشق ، فإن لم يركبها المستعير إلى الأبعد أي إلى دمشق في المثال المفروض ، فالقول قول المالك مع يمينه ؛ لأن المستعير مدعى عليه الزيادة .

ابن عبد السلام : وجهوا عليه اليمين في هذه المسألة والتي قبلها مع أنهما من دعوى المعروف .

وفي توجيهها في هذا الأصل خلاف ، ونحو هذا المثال ما إذا تنازعا في طريقين إحداهما سهلة والأخرى وعرة ، وقال : أعرتني هذا الثوب شهراً ، وقال : بل يوماً ، وإذا حلف المعير يكون المستعير بالخيار بين أن يركبها إلى ذلك الموضع الذي حلف عليه أو يترك ، إلا أن يخشى منه أن يتعدى ويمضي بها حيث شاء فلا يسلم إليه إلا أن يتوثق فيه ألا يتعدى .

فَإِنْ رَكِبَ إِلَيْهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي طَرْحِ الضَّمَانِ: إِلا فِي الْكِرَاءِ ، وَيَأْخُذُ مَا بَيْنَهُمَا بِيَمِينِه ...

أي : وإن ركب إلى دمشق في المثال المفروض ، فقال ابن القاسم في «المدونة»[1] :

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٦٦) .

القول قـول المستعـير إن ادَّعى ما يـشبه مع يمينه ، واعلم أنه في «المـدونة» لم يذكر أن ابن القاسم قال هذا ، بل قـال : وجدت في مسائل عبد الـرحيم عن مالك ذلك ، نعم ظاهر الحال أنه قائل بذلك ، وحكى في «البيان»[1] عن ابن القاسم في «الدمياطية» أن القول قول المعير إذا اختلفا بعد الرجوع ، بخلاف إذا كان معه في سفر فاختلفا في الرجوع .

وخرجه اللخمي في أحد القولين في من دفع دنانير ليشتري بها طعاماً ، فاشترى له بها ثمراً ، وقال الآخـر : قمحاً ، أن القـول قول الآمر ويغرمـه الدنانير ، بل هو هنا أولى ؛ لأن المستعير قابض لحق نفسه .

اللخـمي : ووجهه أن المعير واهب فلا يؤخذ بغـير ما أقرَّ به ، وقال أشهب وسحنون وابن حبيـب : القول قول المستعـير في طرح الضمان ، فـإن هلكت فيما بين المـسافتين لا يكون عليه شـيء ؛ لأنَّه مدَّعى عليه تعـمير ذمـته لا في الكراء فـإن القول قول المعـير في الزائد.

سحنون : ويحلف المستعير ليسقط عنه الضمان ، ويأخذ الكراء .

وعلى القـول الثاني : فإذا حلف المعير نظر ، فإن كان اختلافهما في زيادة المسافة أخذ كراء تلك الزيادة ، وإن كان في صعـوبة أخذ كراء جميع تلك الطريق ، ويكون للمستـعير أن يذهب بها إلى الطريق التي أقرَّ بها ، قاله اللخمي .

ونوقش المصنف بأن قوله : فإن يركب إلى الأبعد يقـتضي أنه لو وجده بين المسافتين أن يكون القول قول المعير ، وليس كذلك فإن المـذهب لا يصدق إلا فيما زاد على المسافة التي وصل المستعير إليها إلا فيمـا زاد على ما ادعاه المعير ، وقد يقال هنا : يؤخذ حكمه مما إذا ركبها إلى الأبعد ، فلذلك لم ينبه المصنف عليه .

وعورض قول ابن القاسم وأشهب هنا بما في الجعل .

قال مـالك : ومن استأجـر فسطاطاً أو بساطاً أو غـرائر أو آنية إلى مكة ذاهباً وراجـعاً فادعى ضياع هذه الأشياء في البداية صدق في الضياع ولزمه الكراء .

ابن القـاسم : ويلزمه الكراء كله إلا أن يأتيَ ببيِّنة على وقت الضـياع ، قال : وإن كان معه قوم في سفـره فشهدوا أنَّهُ أعْلَمَهُم بضياع ذلك ، وطلبـه بمحضرهم حَلَفَ وسقط عنه

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/٣١٦) .

من يومئـذ حصة باقي المدة ، وقال غـيره : القول قوله في رفع الضّـمان والكراء ، والمراد بالغير سحنون وعلى هذا كل من ابن القاسم وسحنون خالف أصله وفرق لابن القاسم بأن مسألة الجـعل ذمته عمـرت بعقد الكراء وهو مدع إسـقاطه ، وهنا لم تعمر ذمـته بشيء ، ورأى سـحنون هنا أن المستـعيـر مدع لمعـروف زائد على مـا أقرَّ بِهِ الواهب ولا يلزمـه من المعروف إلا ما أقرَّ به .

وَهَذه بعَيْنِهَا - بِرَسُولٍ مُوَافِقٍ لِلْمُسْتَعِيرِ أَوْ مُخَالِف - كَذَلِكَ .

يعـني : وهذه المسألة بعينها إذا أرسل المستعير رسولاً فأعاره إلى مسافة ثم اختلف المعير والمستعير فالحكم للأول سواء صدق الرسول المستعير أو كذبه أو كذبهما معاً ؛ لأنه إنما شهد على فعل نفسـه ، واعلم أن ما ذكر من تساوي الحكم فـهو بالنسبة إلى أشـهب صحيح ، وأما عند ابن القاسم ففي «المدونة»(١) : من بعث رسولاً إلى رجل ليعيره دابة إلى برقة ، وقال الرسول : إلى فلسطين ، فعطبت عند المستعير ، واعترف الرسول بالكذب ضمنها .

وإن قال : بذلك أمرني ، وأكذبه المستـعير ، فلا يكون الرسول شاهداً ؛ لأنه خصم ، وتمت المسألة هنا في أكثر الروايات ، وعليها اقتصر [البراذعي](٢) .

وزاد ابن أبي زيد في «مختصره »: والمستعير ضامن إلا أن تكون له بينة على ما زعم ، وصحت هـذه الزيادة في رواية يحيى بن عـمر وعلى هذه الزيادة فليـس الحكم مسـتوياً ، ورأى بعضهم أنه يتخرج من هذه الضمان في مسألة عبد الرحيم .

وقال جـماعة : بل المسـألتان مفتـرقتان ، وإنما ضـمن المستـعيـر في هذه ؛ إذ لا يقطع بكذب المعيـر إذ لا حقيقـة عنده مما قاله الرسول ، وفي مـسألة عبـد الرحيم : هو مُكذِّبٌ للمُعيرِ ذَكَرَهُ عياض .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي رَدِّهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعِيرِ فِي مَا لا يُصَدَّقُ الْمُسْتَعِيرُ فِي تَلَفِه .

أي : فيما يغاب عليه ؛ لأن المستعير مقر بالأخذ مدع للدفع ،قال في «الموازية» : وسواء قبضها ببينة أو بغير بينة ، لا يقبل قوله في ذلك ، وفهم من كلامه أن المستعير يصدق فيما لا يغاب عليه ، وكذلك قال محمد : كل من يقبل قوله في التلف ، يقبل قوله في الرد ، يعني لو كان كاذباً في الرد لأمكنه أن يفيء إلى دعوى الضياع ، وقد علمت أن هذه القرينة ضعيفة في الوديعة ، ألا ترى أنه لا يقبل قول المودَع في الرد مع أنه يقبل في الضياع .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤١٢) .

(٢) في ط : البرادعى ، والمثبت هو الصواب .

كتاب الغصب

الْغَصْبُ أَخْذُ الْمَالِ [قهراً و](١) عُدْوَانا مِنْ غَيْرِ حِرَابَةٍ .

الغصب لغة : أخذ كل متملك ظلماً من غير رضا صاحبه ، فيتناول : السرقة ، والاختلاس ، والخيانة ، والحرابة ، والتعدي ، ورسمه المصنف اصطلاحاً بقوله : (**أَخْذُ الْمَالِ**... إلى آخره) : فأخذ المال جنس ، وأخرج بالقهر ما أخذ من ربه اختياراً واستسراراً، كالسرقة والخيانة والاختلاس ؛ لأن القهر يستدعي أن يؤخذ ذلك بعلم صاحبه، لا يقال : المختلس منه يعلم بأخذ المال ، فيدخل في كلام المصنف ، ويصير الحد غير مانع ؛ لأنا نقول : المختلس منه إنما يعلم بأخذ المال بعد الأخذ فلا ينطبق عليه القهر ، فإن القهر يستدعي علم المأخوذ منه بما قهر .

وأخرج بالعدوان ما أخذ قهراً لا عدواناً ، كأخذ الإمام الزكاة من الممتنع ، وكأخذ المغصوب منه المال من الغاصب ، ولما كانت هذه القيود تتناول الحرابة .

قال المصنف : من غير حرابة ليخرجها .

ولا خلاف في تحريم الغصب والإجماع عليه .

وَيُؤْخَذُ بِحَقِّ الْمَغْصُوبِ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَيُؤَدَّبُ ، وَكَذَلِكَ ثَمَنُ مَا أَفْسَدَهُ أَوْ كَسَرَهُ بِخِلافِ ثَمَنِ مَا يَبِيعُهُ ....

يعني أن الغصب يتصور من غير البالغ كالبالغ ، ويؤخذ بحق المغصوب منه من ماله ولا خلاف في ذلك ؛ لأن إتلاف المال من باب خطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف .

وقوله : (**وَيُؤَدَّبُ**) فهم منه أن غير البالغ يؤدب من باب أولى ، ولا خلاف في تأديب البالغ .

قال في «المقدمات»(٢) : ولا يُسقط ذلك عفوُ المغصوب منه .

وأما غير البالغ فقال **ابن عبد السلام** : ما ذكره المصنف هو ظاهر المذهب والمنصوص للمتقدمين .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٤٩٠) .

وفي «المقدمات»[١] : لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه الصلاة والسلام : « **رفـع القلم عن ثلاثة** »[٢] الحديث ، وقيل: يؤدب كما في المكاتب .

وقـوله : **(وكَذَلكَ ثَمَنُ مَا أَفْسَـدَهُ) ابن عبد السلام** : هذه المسألة عند أهل المذهب من باب التعدي لا من باب الغصب ، فإن المذهب التفـريق بين حكمهما في الجملة وإن استويا في هذا الموضع .

ومراد المصنف بثمن ما أفسده المميز أو كسره هو مطلق العوض من مثل أو قيمة ، وذكر لفظ **(ثَمَـن)** لتتم له المخالفة في ثمن ما يبيعه لفظاً كما ثبتت له معنى ، وذلك أنه إذا باع الصبي شيئاً من ماله وقبض ثمنه وأتلف ذلك الـثمن فلا يلزمه بيع ، ويقضى على المشتري برد المبيع ولا يلزم الصبـي شيء من الثمن ؛ لأنه خرج من يد ربه طوعاً بخلاف مـا أفسده الصبي أو كـسره ، فإن ذلك من غيـر تسليط من ربه ، نعم إن صان بذلك شيئـاً من ماله لزمه الأقل ممـا صانه أو الثمن والمقـابلة التي ذكرها المؤلـف بين ما أفسـده أو كسـره ليست بحقيقة ؛ لأن الإفساد أعم من التكسير .

وَفيهَـا : فِي مَنْ بَعثَ يَتِيماً لآبـقٍ فَأَخَذَهُ فَباعَـهُ وأَتْلَفَ الثَّمَنَ يُرَدُّ الْعَبْدُ ولا عُـهْدَةَ عَلَى الْيَتيمِ وَلا ثَمَنَ ....

ابن راشـد : ذكر هذا استشهادا لما ذكره ، ويحتمل أن يكون هذا استشكالا لعدم إمضاء البيع ، وهو إنما وضع يده عليه بإذن ربه .

وجعل **ابن عبـد السلام** هذا أقرب من الأول ، وفيه نظر ، بل الأول أولى ؛ لأن هذا سؤال ضعيف ، فإن غايته أن يكون وكيلاً على حفظه ولا يلزم بيع الموكل على الحفظ .

وأَمَّـا غَيْـرُ الْمُمَـيِّزِ فَقيـلَ : الْمَالُ فِـي مَالِهِ ، والدَّمُ عَلَى عَـاقِلَتِـهِ ، وقيلَ : الْمَـالُ هَدَرٌ كَالْمَجْنُونِ ، وقِيلَ : كلاهُمَا ....

هذا مقابل قوله : المميز ، والأقوال الثلاثة حكاها في «الجواهر»[٣] كالمصنف ، وقوله : **(والدَّمُ عَلَى عَاقِلَتِهِ)** أي إذا كانت الدية الثلث فصاعداً .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٤٩٠) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٧٣٩) .

[وقوله][(١)] : (وقِيلَ : الْمَالُ هَدَرٌ كَالْمَجْنُونِ) أي والدم على العاقلة كما تقدم ، ويؤخذ من هذا أن ما أتلف المجنون هدر .

(وقِيلَ : كِلاهُمَا) أي هدر كالبهيمة والقول الأول أظهر ؛ لأن الضمان من باب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف .

محمد : وإن كان صغيراً يحبو فلا شيء عليه من عقل ، وهو كالبهيمة ، وقال ابن القاسم : إن أفسد شيئاً فإن كان ابن ستة أشهر ونحوها لا ينزجر فلا شيء عليه ، وإن كان مثل ابن سنة فصاعداً فذلك عليه .

قال في «العتبية» [(٢)]: ما أصاب المجنون الذي لا يعقل والصبي الصغير ابن سنة ونصف ونحو ذلك من فساد أموال الناس فهو هدر .

ابن عبد السلام : وجعل المصنف مورد الخلاف في هذه المسألة عدم التمييز ، وهو حسن في الفقه غير أن الروايات لا تساعده وإنما تعرَّضُوا للتحديد في هذه المسألة بالسِّن فقيل : ابن سنتين ، وقيل : ابن سنة ونصف ، وقيل : غير ذلك .

ويَكُونُ التَّفْوِيتُ بِالْمُبَاشَرَةِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ .

أي : ويكون الضمان [عليه][(٣)] ودل عليه السياق [ببينة][(٤)] .

(بِالْمُبَاشَرَةِ) الباء للسببية (أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ) يحتمل أن يكون معطوفا على قوله : (بالتفويت) ويكون للضمان سببان .

ويحتمل أن يكون معطوفاً على المباشرة ، أي يكون الضمان بسبب التفويت ، وسبب التفويت إما المباشرة وهو سبب محسوس ، وإما إثبات اليد العادية فعلى هذا يكون [للضمان سبب][(٥)] واحد .

فَالْمُبَاشَرَةُ كَالأَكْلِ ، والْقَتْلِ ، وَالإِحْرَاقِ .

ابن راشد : وهو مجمع عليه أي بقتل الحيوان أو أكل الشيء المغصوب أو إتلافه بإحراق أو بغيره .

---

(١) سقط من ط .
(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٧٨) .
(٣) سقط من ط .
(٤) سقط من ط .
(٥) في ط : الضمان بسبب .

وَإِثْبَاتُ الْيَدِ الْعَادِيَةِ فِي الْمَنْقُولِ بِالنَّقْلِ ، وَفِي الْعَقَارِ بِالاسْتِيلاءِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ .

(**فِي الْمَنْقُولِ**) أي في الحيوان والعروض (**بِالنَّقْلِ**) ، يعني فلو هلك بعد ذلك بسماوي ضمنه .

(**وَفِي الْعَقَارِ بِالاسْتِيلاءِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ**) ظاهر والاتفاق عليه ، ونبه على خلاف أبي حنيفة ـ رحمه الله ورضي عنه ـ فإنه يرى أنَّ مجرد وضع اليد ليس موجباً للتضمين بل حتى ينضم إليه النقل .

فَلَوْ غَصَبَ السُّكْنَى فَانْهَدَمَتِ الدَّارُ لَمْ يَضْمَنْ إِلا قِيمَةَ السُّكْنَى .

هذا يخصه أصحابنا بالتعدي ، فإن الغصب عندهم : هو غصب الذوات ، والتعدي : هو غصب المنفعة أو إتلاف بعض السلعة ، ولا فرق في التعدي بين أن يتقدم له إذن كالمستعير والمقارض والمستأجر أو لا يتقدم ، وسيأتي حكم التعدي إن شاء الله تعالى .

و(**لَمْ يَضْمَنْ إِلا قِيمَةَ السُّكْنَى**) لأنها هي التي تعدى عليها ، وهذا أحسن لو طردوه ، ولكنهم قالوا في التعدي بالدابة المكان المشترط من مستعير ومستأجر : إنه يضمن الرقبة إن هلكت وكل منهما لم يقصد ملك الرقبة .

فإن قيل : المتعدي على الدابة ناقل لها بخلاف المتعدي على الدار .

فجوابه : أنهم لم يعتبروا النقل في باب الغصب فينبغي في التعدي مثله .

وَيَكْفِي الرُّكُوبُ فِي الدَّابَّةِ وَالْجَحْدُ فِي الْوَدِيعَةِ .

أي : يكفي في وجوب الضمان في التعدي ركوب الدابة ، وقد تقدم أن مجرد وضع اليد موجب للضمان فكيف بالركوب ، وقد تقدم الكلام على جحد الوديعة في محلها .

وَالتَّسَبُّبُ بِالْفِعْلِ الْمُهَيِّئِ لِسَبَبٍ آخَرَ مِثْلُهُمَا .

أي : مثل المباشرة وإثبات اليد العادية ، وحاصله : أن [مسبب](١) السبب كالسبب [ولهذا أوجب الضمان على المكره غير إتلاف المال ، وعلى من حفر بئراً عدواناً فتردى فيها إنسان أو بهيمة لأنه تسبب في فعل تهيأ به الهلاك ، وإلى هذا أشار بقوله](٢) :

---

(١) في ط : سبب .

(٢) سقط من ط .

فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُكْرِهِ عَلَى إِتْلافِ الْمَالِ ، وعَلَى مَنْ حَفَرَ بِئْراً عُدْوَاناً فَتَرَدَّى فِيهَا إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ ....

ابن راشد : [ومن «النوادر»(١) قال](٢) سحنون في عامل أكره رجلاً على أن يدخل بيت رجل ليخرج منه متاعا ليدفعه إليه ، فأخرج له ما أمر به ودفعه إليه ثم عزل العامل ، وقام رب المتاع ، فله أن يأخذ بذلك من شاء منهما ، فإن أخذه من المأمور رجع به المأمور على العامل ، قال : وإن عزل الأمير وغاب رب المتاع ، فقام المأمور وقال : أنا آخذ بالمتاع ، فأغرمه لي أيها الأمير ، فإنه تعدى عليه .

ابن رشد(٣) : وفي قوله (تعدى عليه) نظر ، والذي يوجبه النظر أن يقضي له بتغريمه ، ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه .

وفي «المبسوط» عن عبد الله بن عبد الحكم وأصبغ أنه لا شيء على المأمور المكره على ذلك ، ونحوه لابن سحنون قال : وإن أكره بقتل أو قطع فهو في سعة أن يأخذ ويضمن الأمير دون المأمور ، وإن أبى أن يأخذ حتى قتله فهو في سعة .

وقال سحنون : إذا أكره رجل آخرَ على أن يأخذ مالاً لرجل آخر ، فيرمي به في مهلكة بوعيد بقتل أو سجن أو قيد ، وأذن له في ذلك ربُّه من غير إكراه فلا شيء عليه ، ولا على الذي أكرهه ، وإن كان ربُّه مكرهاً على الإذن في ذلك فالمكْرَه الفاعل ضامنٌ وإن كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه ثم لا رجوع له على الفاعل إذا أيسر .

ابن عبد السلام : وظاهره أن المغصوب منه يطلب المكره أولاً ، فإذا غرم لم يرجع به على المكره المباشر .

وقوله : (**وعَلَى مَنْ حَفَرَ بِئْراً عُدْوَاناً**) تقدم ، والعدوان أن يحفر في ملك غيره أو في ملكه قصداً للإهلاك ، واحترز به مما لو حفرها في ملكه لمصلحة .

فَإِنْ رَدَّاهُ غَيْرُهُ فَعَلَى الْمُرْدِي تَقْدِيماً لِلْمُبَاشَرَةِ .

أي : فإن (رَدَّاه) غير الحافر (**فَعَلَى الْمُرْدِي**) لأنه المباشر فكان أقوى من التسبب ، وليس سبباً قوياً كالإكراه حتى يضمنا معاً كما تقدم .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/ ٣٧٤) .

(٢) سقط من ط .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٧٨) .

ولهذا لو قـوي السبب كانا متعادلين ؛ كمـا لو حفرها لإهلاك شـخص بعينه ، ورداه غيره، فإن كان إنساناً وجب القصاص عليهما وإن كان غيره ضمناه معاً قاله ابن راشد وابن عبد السلام .

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصَ طَائِرٍ فَطَارَ أَوْ حَبْلَ دَابَّةٍ فَهَرَبَتْ ، أَوْ قَيْدَ عَبْدٍ فَأَبَقَ ضَمِنَ .

زاد في «الجواهر»(١) : وسواء كان الطيران والهروب عقيب الفتح أو الحلِّ أو بعد مهلة، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً وما في الدار من أحد ، فيذهب منها شيء .

وشرط في «المدونة»(٢) في مسألة العبد أن يكون قيد خوف إباقه ، وهو شرط ظاهر ، ولو قيد لقـصْدِ النَّكال بالعبد لم يجب على حلِّه منه ضمـان وإنما ضمن في هذه المسائل ؛ لأن فعله سبب للإتلاف .

وَمَنْ فَتَحَ بَاباً عَلَى دوَاب فَذَهَبَتْ ضَمِنَ ، وقِيلَ : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا أَهْلُهَا .

الأول : مذهب أشهب ، وشرط أن تكون الدواب مسرحة غير مربوطة واختاره جماعة.

والثـاني : لابن القاسم في «المدونة»(٣) وشبهها بمسألة السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام أو غير نيـام ، فيذهب من الدار بعد ذلك شيء ، أنه لا ضمان على السارق وأما إن لم يكونوا فيها فإنه يضمن .

خليل : ويفرق لأشهب بأنا لو لم نضمنه في مسألة الدواب لزم ذهاب الدواب بغير غرم لأحد ، بخلاف مسألة السارق فإنا إذا لم نغرم السارق الأول غرمنا السارق الثاني ، وتغريمه أولى لمباشرته ، والله أعلم .

وَمَنْ أَتْلَفَ مَغْـصُوباً ضَمِنَ وإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، ولَوْ قَدَّمَـهُ الْغَاصِبُ لِضَيْفٍ فَأَكَلَهُ غَـيْرَ عَالِمٍ ضَمِنَ ولِصَاحِبِه بَرِئَ ، ولو أَكْرَهَ صَاحِبَه فأكَلَهُ بَرِئَ .

تقدم أن الضمان من باب الوضع ، فلذلك يضمن من أتلف المغصوب ، وإن لم يعلم ، ولو كان مـغروراً كـما لو قـدم الغاصب الطعـام فأكله ظنا منه أنه ملك المقـدم ، ولا يريد المصنف أنه لا يضـمنه إلا الضيف ، بل هي مـسألة هبـة الغاصب يهب الشيء المغـصوب وسيأتي .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٤١) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٣٩) .

(٣) « المدونة » (١٥/ ١٧٩) .

[وقوله][1]: (وَلِصَاحِبِهِ بَرِيءٌ) أي وإن قدمه لصاحبه بريء ، وكذلك (لو أُكْرِهَ صَاحِبُه) على أكله ؛ لأن ربه هو المباشر لإتلافه .

وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان المغصوب منه قد هيأ الطعام للأكل ، وأما إن هيأه للبيع فينبغي أن يضمنه الغاصب ؛ إذ هو غير معذور ، فإن انتفع بذلك سقط عنه مقدار أكله ؛ كما لو كان الطعام يساوي عشرة دراهم ، ومن عادته أن يكتفي بنصف درهم فيغرمه تسعة ونصفاً .

ابن عبد السلام : وقد قدمنا عن سحنون ما ظاهره في مسألة الإكراه أن المغصوب منه يطلب المكرَهَ أولاً ، فإذا غرم لم يرجع على المكرِه المباشر ، وعلى هذا التقدير لا يبعد أن يقوم رب الطعام على الغاصب الذي أكرهه على الأكل ؛ لأن المتسبب في مسألة الإكراه مقدم في الضمان على المباشر .

فقوله : (مَغْصُوباً) من الغصب - كما ذكرنا - لا كما قاله ابن راشد (معصوماً) من العصمة فإن هذا لا إشكال فيه ولا يساعده السياق .

ابن راشد - بناءً على نسخته -: واحترز بالمعصوم من الخمر للمسلم ، ويضمنها للذمي خلافاً لابن الماجشون ، ولا يضمن ما نقص من آلة اللهو بكسرها ، ويضمن جلد الميتة بعد الدباغ ، واختُلِفَ في ضمانه قبله ، فقال ابن القاسم وأشهب : يضمن ، وروى أبو الفرج: لا يضمن ، وقال أبو إسحاق : لا يضمن إلا أن يكون لمجوسي قاله ابن القاسم .

فروع :

الأول قاله مالك في «الواضحة»: من غصب حراً فباعه فإنه يكلّف طلبه ، فإن يئس منه؛ قال : أدى ديته إلى أهله .

قال في «البيان»[2] : ونزلت في طليطلة فكتب القاضي بها إلى محمد بن بشير قاضي قرطبة ، فجمع ابن بشير أهل العلم فأفتوا بذلك ، فكتب أن يغرمه ديته .

الثاني : إذا جلس رجل على ثوب آخر في الصلاة ، فقام صاحب الثوب ، فانقطع الثوب ، فقال مطرف وابن الماجشون : لا ضمان على الجالس ، وهذا مما لابدّ للناس منه

---

(١) في ط : قوله .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٤٣) .

في صلاتهم ومـجالسهم ، وقـاله أصبغ قال : لأن الجـالس لم يحصل منه غيـر السبب ، والقطع إنما حصل بمباشرة صاحب الثوب .

الثـالث : قال الشيخ أبو مـحمد[1] : وإن أخبر لصوصا بمطمر أو أخبر به غاصباً ولولا دلالته ما عرف ، ضمنه بعض متأخري أصحابنا ولم يضمنه بعضهم .

وكـذلك يضمن إذا أقـر بالرق لغـيره ، وبـاعه وهو سـاكت ؛ لأنه أتلف الثـمن على المشتري بسكوته ، إلا أن يكون صغيراً أو نحوه .

ويتخرج منه قول آخر بعدم الضمان مما إذا اعتدى على رجل وقدمه للسلطان ، والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه وأغرمه ما لا يجب عليه .

ابـن يونـس : وقد اختلف في تضمينه فقال كـثير عليه الأدب وقد أثم ولا غرم عليه ، وكان بعض شيوخنا يفتي إذا كان الشاكي ظالماً في شكواه غرم ، وإن كان مظلوماً ولم يقدر أن ينتـصف منه إلا بالسلطان فـشكاه فـأغرمـه وتعدى عليـه ، لم يغـرم ؛ لأن الناس إنما يلجؤون فـي المظلمة إلى السلطان ، وعلى السلطان مـتى قدر عليـه رد ما أخذ ظـلماً من المشكو ، وكذلك ما أغرمه الرسول هو مثل ما أغرمه السلطان ، يفرق فيه بين ظلم الشاكي وغيره ، وكان بعض أصحابنا يفتي بأنه ينظر للقدر الذي فيه يستأجر به الشاكي في إحضار المشكو ، فيكون عليه على كل حال ، وما زاد على ذلك مما أغرمـه الرسول فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسبما تقدم .

وَيَكُونُ لِعَيْنٍ ومَنْفَعَةٍ ، فَالْعَيْنُ مِثْلِيٌّ ومُقَوَّمٌ - فَذَوَاتُ الأَمْثَالِ مِنَ الْمَكِيلِ والْمَوْزُونِ والْمَعْدُودِ ، وَجَمِيعُ الأَطْعِمَةِ تُضْمَنُ إِذَا تَلِفَتْ بِمِثْلِهَا .

أي : ويكون الغصب ، وتصور كلامه ظاهر .

وقوله : (**وَجَمِيعُ الأَطْعِمَةِ**) من عطف الخاص على العام ، وهو إذا لم يكن مكيلا ولا موزوناً ولا معدوداً فهو جزاف داخل في المقوّمات .

وقوله : (**إِذَا تَلِفَتْ**) ليس التلف شرطاً في الضمان ويكفي فيه بعض أنواع التغيير كما سيأتي .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/ ٣٧٤) .

فَإِنْ فُقِدَ الْمِثْلُ صَبَرَ حَتَّى يُوجَدَ ؛ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، ولَهُ طَلَبُ الْقِيمَةِ الآنَ ؛ عِنْدَ أَشْهَبَ

يعني : فإن كان المغصوب من ذوات الأمثال وتعذر الآن المثل كالأشياء التي لها إبان ، أو غصب منه عسلاً ببلد ليس فيه عسل ، فلا شك أن له الصبر إلى وجود المثل ، وهل له الآن طلب القيمة ؟

قال ابن القاسم في «المدونة»[1]: ليس له ذلك ، وقال أشهب : له ذلك ، والخلاف هنا كالخلاف في السَّلَم في الفاكهة بعد خروج إبانها ؛ فإن ابن القاسم أيضاً قال : يصبر إلى إبانه .

وقال أشهب : يؤخذ بالقيمة وليس له التأخير ويأخذه بالمثل ؛ لأن ذلك فسخ دين في دين .

وأشار ابن عبدوس إلى تناقض قول أشهب لكونه أجاز له في الغصب التأخير ، قال : وإنما ينظر فإن كان الموضع يوجد في مثل الطعام على يوم أو يومين أو ثلاثة ، والأمر القريب فليس له إلا مثل الطعام حتى يأتيه به .

وإن كان بعيداً مما على الطالب في تأخيره ضرر أو كان استهلك في لجج البحر وفي فيافي بعيدة من العمران ، فهذا يغرم قيمته حيث استهلكه ويأخذه به حيث لقيه .

وقد يجاب لأشهب بأن التهمة على فسخ الدين في الدين تقوى في البيع ؛ لأنه واقع اختياراً بخلاف الغصب ، فلذلك ضعفت فيه التهمة .

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيْرِ مَكَانِه وهُوَ مَعَهُ بِعَيْنِه ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَمْ يَلْزَمْهُ إلا مِثْلُهُ فِي مَكَانِ الْغَصْبِ، وقَالَ أَشْهَبُ : لَهُ أَخْذُهُ أَوْ أَخْذُ مِثْلِه فِي مَكَانِ الْغَصْبِ ، قَالَ سَحْنُونٌ : مَا أَعْرِفُ هَذَا ، وقَالَ أَصْبَغُ : فِي الْبَعِيدِ كَابْنِ الْقَاسِمِ ، وفِي الْقَرِيبِ كَأَشْهَبَ ، ولا خِلافَ أَنَّ الْغَاصِبَ يُمْنَعُ مِنْهُ حَتَّى يُوثَقَ مِنْهُ ....

تصور المسألة والأقوال من كلامه ظاهر ، فرأى ابن القاسم في «المدونة» أن النقل فوت لأن الغاصب غرم على حمله مالاً ، وقاعدة أشهب في هذا الباب أن يحمل على الغاصب لظلمه ، وتفرقة أصبغ استحسان .

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٨١) .

وعلى قول ابن القاسم : إنه ليس عليه إلا مثله لمكان الغاصب ، فلو اتفق على أن يأخذه بعينه أو مثله بموضع نقله فيه أو يأخذ فيه ثمناً جاز بمنزلة القرض قبل قبضه [وقاله](١) أصبغ .

قيل : ويسقط التعجيل لئلا يدخله فسخ الدين في الدين .

وحكى عن مالك منع أخذ الطعام مخالفاً للطعام المنقول ، وكذلك قال العراقيون : إن حكم طعام الاستهلاك حكم طعام البيع .

وقوله : (**وهُوَ مَعَهُ بِعَيْنِه**) احترز لو لم يكن معه فإنه ليس له إلا مثله ببلد الغصب عند ابن القاسم ، وقال أشهب : له أن يغرمه مثله بالبلد الذي لقيه فيه إن كان سعر البلدين سواء أو كان سعر البلد الذي لقيه فيه أرخص .

وخرج اللخمي على قوله فيما إذا عدم الإبان فيما له إبان أن يكون له هنا أخذ القيمة إذا بعد ما بين البلدين .

وقوله : (**وَلا خِلافَ أَنَّ الْغَاصِبَ يُمْنَعُ مِنْهُ**) أي من الطعام وشبهه من المثليات حتى يتوثق منه ، أي برهن ثقة أو بضمان .

فرع :

ولو أراد المغصوب منه تكليف الغاصب برد شيئه إلى مكان الغصب فليس له ذلك على المشهور خلافاً للمغيرة ، فإنه قال : إذا غصب خشبة من عدن وأوصلها إلى جدة بمائة دينار أن لربها أن يكلفه ردها إلى مكان الغصب ، وله أن يأخذها بعينها .

قال : وإن نقلها بوجه شبهة ، وقيمتُها حيث وصلتْ أكثر من قيمتها في المكان الذي منه نُقلت فأراد ربها أخذها ، كلف أن يدفع لحاملها الأقل من كرائها أو ما زاد في قيمتها .

وذكر ابن حبيب في من استؤجر على حمل ينقله إلى بلد فنقل غيره خطأ أنَّ لصاحبه تضمين الناقل أو أخذ ما نقله بعد أن يؤدي الكراء عند ابن القاسم ، ولا يلزمه عند أشهب ولا يلزم الحمَّال إعادته إلى موضعه ، وليس للحمال قول إن قال : أنا أرده إلى مكانه وعلى الحمال أن يرجع فيحمل ما استؤجر عليه .

اللخمي : قال أصبغ في «الواضحة» في هذا : إن صاحب الأحمال مخير بين أن يلزمه

---

(١) في ط : وقال .

ردها أو يأخذها ولا كراء له ، إلا أن يعلم أن صاحبها كان راغباً في وصولها فيكون عليه كراء المثل .

فَإِنْ أَتْلَفَ حُلِيا فَقِيمَتُهُ ، وقِيلَ : مِثْلُهُ .

يعني : أن في المثلي إذا دخلته صنعة فذهب ابن القاسم أنه يصير من المقومات ، ورأى غيره وهو في «المدونة»(١) أيضاً أنه لا يتغير ، ونحو هذه المسألة الغزل إذا استهلك وسيأتي .

وَلَوْ كَسَرَهُ أَخَذَهُ وَقِيمَةَ الصِّيَاغَة .

أي : لو كسر الحلي أخذه وقيمة الصياغة ؛ لأنها كسلعة مضافة إلى عين الذهب أو الفضة ، هذا مذهب ابن القاسم في باب الغصب وفي الرّهن .

وكان ابن القاسم يقول : إذا كسر الخلخالين فإنما عليه ما نقصت الصياغة ثم رجع إلى أنه يغرم قيمتها ويكونان له .

أبو عمران : وقوله : (ما نقصت الصياغة) و (**قِيمَةَ الصِّيَاغَة**) سواء ، إنما يعني بذلك ما بين قيمتهما صحيحين ومكسورين .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يريد بقوله : ما نقصه فساد الصياغة من قيمة الجميع مصوغاً ، وهو ظاهر كلامه ، فيكون في المسألة ثلاثة أقوال .

ولأشهب في «الموازية» : عليه أن يصوغَها له وهو أحب إلي من قيمتها أو مما تنقص وقد قال مالك فيها : وفي الجدار يهدمه : فإن لم يقدر أن يصوغها فعليه ما نقصها .

وانظر هل يأتي القول الذي في الرهن بغرم ما نقص في الغصب أو لا ؟ وقد قال أبو الحسن لما تكلم على مسألة الرهن : أنزله فيما نقص منزلة المكتري أو المودع إذا تعدى ؛ لأنه مأذون لهما في الحوز فلا يغرم إلا ما أتلف ، وأنزله في القول الآخر منزلة الغاصب ؛ لأنه ضامن لهما لو هلكا .

لَوْ أَعَادَهُ عَلَى حَالِه أَخَذَهُ بِغَيْرِ غُرْمٍ ، وقِيلَ : فَثَمَنُهُ وعَلَى غَيْرِهَا فَقِيمَتُهُ .

يعني : فإن أعاد المصوغ بعد كسره مصوغاً فإما على حالته الأولى أو غيرها ، فإن كان على حالته الأولى فذكر ابن راشد قولين : **والأول** : لابن القاسم وأشهب، **والثاني** لمحمد.

(١) « المدونة » (١٥/ ١٨٢) .

واختار اللخـمي أن لا شيء عليه ، والثاني هو الجاري على مـذهب من يرى أنه يلزمه في الصياغـة قيمتها ، وإن أعـاده على غير هيئته فـعليه القيمة على قـول أشهب أنه تلزمه إعادة المصوغ كما كان يلزمه ذلك هنا ، والله أعلم .

فَلَو اشْتَرَاهُ غَيْرَ عَـالِمٍ بِغَصْبِهِ فَكَسَرَهُ ، ورَدَّهُ عَلَى حَالِهِ لَمْ يَأْخُذْهُ إلا بِقِيمَـةِ صِيَاغَتِهِ لأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ ....

يـعني : أن المشترى من الغاصب إن كان عالماً بالغـصب فهو كالْغَاصب ، وإن لم يعلم فحكمه كالاستحقاق ، ولا يأخذه ربه إلا بقيـمة صياغته ؛ لأنه لم يتـعد في الكسر هكذا قال اللخمي وغيره .

ابن عبد السلام : وما ذكره المصنف في هذا الفرع هو منصوص عليه في الفرع بعينه وفي الدار يهدمها المشتري بخلاف الشاة يذبحهـا والثوب يقطعه والعصا يكسرها وشبه ذلك وهو مشكل .

وأصل المذهب أن كل ما أتلفه المشتري متعمدا فإنه يضمنه سواء انتفع أو لم ينتفع ، وما أتلف بأمر من الله فلا شيء عليه فيه ، وما أتلفه خطأ فقولان : أشهرهما أنه يضمن .

فقول المصنف في توجيهه هذا الفرع : لأنه لم يتعد لا يكفي ، والله أعلم .

وَلَوْ طَحَنَ الْقَمْحَ فَمِثْلُهُ ، وقَالَ أَشْهَبُ : ولَهُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ غُرْمٍ .

الأول : مذهب ابن القاسم في «المدونة» وغيـره ، ورأى غيره أن الطحن فوت كالنقل ، وخيره أشهب بين المثل وأخذه مطحونا مجـاناً ، حملاً على الغاصب على قاعدته ، هكذا حكى ابن يونس وغيره قول أشهب .

وفهم التخيير من كلام المصنف من قوله : **(ولَهُ أَخْذُهُ)** فإنه في تقدير فله المثل وله أخذه بغير عوض والقولان لمالك ، واختار جماعة قول أشهب ؛ لأن الظالم أحقُّ أن يحمل عليه ولهذا لم يجـزه ابن القاسم بوجوب المثل ، بل قال في باب الغـصب : ومن غصَبَ حِنْطَةً وطحنها دقيقاً فأحب ما فيه إلي أن يضمن مثل الحنطة .

وَلَوِ اسْتَهْلَكَ غَزْلاً فَقِيمَتُهُ ، وقِيلَ : مِثْلُهُ .

هو ظاهر وهو مبني على ما تقدم .

فرع :

ولو استهلك طعاماً ما في زمن الغلاء ثم حكم عليه في الرخاء ، فالمشهور أنه إنما يقضي بالمثل وقيل : بقيمته يوم الغلاء .

وأشار اللخمي إلى أن القول بتغريمه القيمة مخرج على القول بأن الغاصب يغرم أغلى القيم .

وَالْمُقَوَّمُ كَالْحَيَوَانِ والرَّقِيقِ والْعُرُوضِ تَتْلَفُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ تُضْمَنُ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ الْغَصْبِ ، وقَالَ أَشْهَبُ : بِالأَكْثَرِ مِنَ الْغَصْبِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ ...

لما ذكر أن المغصوب مثلي ومقوم ، وتكلم على المغصوب المثلي ، تكلم هنا على المقوم وذكر أنه يضمن بقيمته وهو المذهب ، ونقل الباجي[1] أنه روي عن مالك أنه يضمن بالمثلي وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة .

المازري : وهكذا وجد في نسخ من «المنتقى» ، وهو وهم منه ومن الرواة الذين ذكروا ذلك عنه .

وقوله : **(تَتْلَفُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ)** احترُز به من التلف بجناية الغاصب أو غيره وسيأتي ، والمشهور كما قدمه أن القيمة تعتبر يوم الغصب .

وقال أشهب وابن وهب وعبد الملك : يضمن بالأكثر من يوم الغصب إلى يوم التلف ؛ لأنه في كل زمان غاصب ، ويدخل في المقوَّم المثلي الجزاف .

واختلف إذا طلب المغصوب منه في الجزاف أن يقضي لـه بمكيلة أو وزن يتحقق أن الجزاف المستهلك لا يقصر عنها - على قولين :

أحدهما : تمكينه من ذلك ؛ لأن الأصل القضاء فيه بالمثل ، وإنما عدل عن ذلك للقيمة لامتناع الاطلاع على حقيقة المماثلة في المكيل والموزون ، فإذا طلب ما هو أقل من حقه لم يمنع من ذلك .

والقول الثاني : أنه لا يمكن من ذلك ؛ لأن نفس الاستهلاك أوجب القيمة ، فليس للمغصوب منه تغيير هذا الحكم .

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٦٦) .

فَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ خُيِّرَ بَيْنَ الْقِيمَةِ مِنَ الْجَانِي يَوْمَ الْجِنَايَةِ وَبَيْنَ مَا عَلَى الْغَاصِبِ .

يعـني : وإن أتلف أجنبي المغصوب - يريد غير الغاصب - يوم الجناية ، فربه مخير إن شاء أخذ القيمة من الجاني يوم الجناية ، وإن شاء أخذ ما على الغاصب .

وأبهم المصنف في قوله : (**وَبَيْنَ مَا عَلَى الْغَاصِبِ**) قدر الإدخال على المشهور ومقابله : وإنما خير ؛ لأن كل واحد منهما حصل منه سبب الضمان هذا بالغصب وهذا بالتلف .

بِخِلافِ الْغَاصِبِ عَلَى الْمَشْهُورِ .

يعـني : بخلاف ما إذا كان القتل من الغاصب ، فـإن المشهور أنه لا تخيير لربه ، وإنما يأخذه بالقيمة يوم الغصب وهو قول ابن القاسم وأشهب .

وقال سحنون وابن القـاسم في أحد القولين : وله أخذه بالقيمـة يوم القتل كالأجنبي ؛ لأن القتل فعل ثان ومن حجة ربه أن يقول : لا أؤاخذه بوضع اليد وإنما أؤاخذه بالقتل.

ابن راشد : وهو أقيس .

ابن عبـد السلام : وهو ظاهر إلا أن ابن القاسم لم يعتبر تعدد الأسباب في الضمان إذا كانت من فـاعل واحد بل اقتـصر على الأول منهما ، وحـكى ابن يونس أن سحنون رجع إلى قول ابن القاسم .

تنبـيـه : ما ذكر المصنف من مخالفـة إتلاف الغاصب لإتلاف الأجنبي على المشهور هو الصواب ، وقد ذكر في «المدونة» وغيرها ، وظاهر كلامه في «الجواهر»(١) أنه لا فرق على المشهور بين جناية الغاصب وغيره .

ثُمَّ يَتْبَعُ الْغَاصِبُ الْجَانِيَ بِجَمِيعِ الْقِيمَةِ .

يعني : إذا اختار المغصوب منه اتباع الغاصب ، وترك طلب الجاني فللغاصب إذا أخذت القيمة منه اتباع الجاني بجميع قيمـة السلعة يوم الجناية ؛ لأن أخذ ربها قيمتها من الغاصب تمليك للغاصب لها .

وقوله : (**بِجَمِيعِ الْقِيمَةِ**) أي إذا كانت مساوية لما أخذ منه أو كانت أقل مما أخذ منه .

أما إن كانت القيمة يوم الجناية أكثر فقد نبه عليه بقوله :

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٥٢) .

فَإِنْ كَانَ مَا أَخَذَهُ رَبُّهُ أَقَلَّ مِمَّا يَجِبُ لَهُ عَلَى الآخَرِ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يَأْخُذُ الزَّائِدَ مِنَ الْغَاصِبِ لا مِنَ الْجَانِي ....

يعني : فإن أخذ رب المغصوب أقل القيمتين إما من الغاصب أو من الجاني فهل له أن يرجع على الآخر الذي لم يأخذ منه القيمة بتمام أكثر القيمتين ؟ في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : أنه يرجع ، وهو ظاهر قول أشهب .

والثاني : أنه لا يرجع ، وهو الذي يأتي على قول سحنون .

والثالث : الفرق ، وهو قول ابن المواز : ونص عليه في «المدونة»(١) في أحد شقي المسألة، أعني أنه يرجع على الغاصب بالقيمة .

ونقل ابن يونس أنه اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب .

ابن المواز : لأنه يقول : إنما أخذت من القاتل ما يجب عليه للغاصب ولي على الغاصب أكثر منه ، فصار كغريم [الغريم](٢) .

وألزم على هذا بعض القرويين أنه لو كان للغاصب غُرماء لم يكن هذا أحق بما أخذ من الغرماء ؛ لأنه إنما يأخذ ذلك على الغاصب من غريمه إلا أن يريد رفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه بقيمة ويكون أولى بما أخذ من الجاني من غرماء الغاصب .

وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي مَنْ سَاقَ سِلْعَةً فَأَعْطَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ فِيهَا ثَمَناً فَأُتْلِفَتْ ضَمِنَ مَا أَعْطَى فِيهَا، وَقَالَ سَحْنُونٌ : قِيمَتَهَا ....

ما حكاه عن ابن القاسم هي رواية عن مالك في «العتبية»(٣) ، وزاد : إذا كان عطاء قد تواطأ الناس عليه ، ولو شاء أن يبيع به لباع ، وقال سحنون : لا يضمن إلا القيمة ؛ إذ هي من المقومات ، وقال عيسى : يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة ، وجعله في «البيان»(٤) تفسيراً لقول مالك ، قال : كذا هو منصوص لمالك ، فليس في المسألة إلا قولان وجعلها غيره ثلاثة على ظاهرها .

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٨٥) .

(٢) في ط : غريمى .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣١) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣١) .

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيْرِ مَكَانِه ؛ فَثَالِثُهَا لابْنِ الْقَاسِمِ : إِنْ كَانَ حَيَوَاناً فَلَيْسَ لَهُ إِلا أَخْذُهُ ، وَفِي غَيْرِهِ : يُخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيمَتِه فِي مَوْضِعِه .

تقدم كلامه في نقل المثلي ، وتكلم هنا على نقل المقوَّم ، وقد تقدم أن القول الثالث دليل على الأولين ، فيكون **الأول** ليس لربِّه إلا أخذه وهو قول سحنون .

والثاني : يخيَّر ربُّه في أخذه أو أخذ قيمته في موضع غصبه .

قال في «المقدمات»(١): وهو قول أصبغ وظاهر روايته عن أشهب ، وذكره ابن يونس والباجي(٢) تصريحاً ، واختاره ابن المواز وقيده بالبلد البعيد عن محل الغصب .

والثالث : الفرق بين الحيوان والعروض فليس له إلا أخذ الحيوان ، ويخير في العروض، ونسبه المصنف لابن القاسم تبعاً لابن شاس(٣) .

وقال **ابن عبد السلام** : إنما هو رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك في «المجموعة» وفيه نظر لما ذكر عن ابن يونس .

نعم ذكر الباجي أن ابن القاسم رواه عن مالك في «المجموعة» ولا يلزم من ذلك أن يكون ابن القاسم لم يقل به .

قال في «المقدمات»(٤) بعد ذكر الثالث : وهذا في الحيوان الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم؛ كالدَّوَابِّ والوَحْش من الرقيق ، وأما الرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم من بلدٍ فحكمهم كالعروض .

وحكى ابن زرقون وغيره عن ابن القاسم في «الموازية» قولاً آخر أن نقل الحيوان والعروض فوت يوجب له قيمة الحيوان والعروض يأخذ بها حيث لقيه .

فَلَوْ وَجَدَ الْغَاصِبَ خَاصَّةً فَلَهُ تَضْمِينُهُ .

يعني : (**فَلَوْ وَجَدَ**) المغصوب منه (**الْغَاصِبَ**) بغير بلد الغصب ، وليس معه الشيء المغصوب .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٤٩٢) .

(٢) « المنتقى » (٥/ ٢٧٣) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٧٤٧) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ٤٩٢) .

ابن راشد : فلا يختلف أن له تضمينه القيمة لما عليه من الصبر في الضرر ، وله الصبر إلى البلد ، لكن يكلف الغاصب الخروج مع المغصوب منه أو مع وكيله ليقبض منه المغصوب .

وَلَوْ رَجَعَ بِالدَّابَّة مِنْ سَفَرٍ بَعِيد بِحَالِهَا لَمْ يَلْزَمْه سِوَاهَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلافِ تَعَدِّي الْمُكْتَرِي وَالْمُسْتَعِير ، وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلانِ .

أي : (**لَوْ رَجَعَ**) الغاصب (**بِالدَّابَّة مِنْ سَفَرٍ بَعِيد**) وأحرى القريب (**بِحَالِهَا**) ولم تتغير ، لم يلزم الغاصب (**سِوَاهَا**) فلا تلزمه قيمة الدابة ولا كراء تلك المسافة (**بِخِلافِ تَعَدِّي الْمُكْتَرِي وَالْمُسْتَعِيرِ**) إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار ، فإن أحب أخذها وأخذ كرائها من موضع التعدي إلى غايته ، وإن أحب أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه وله الكراء الأول في الكراء ،وهكذا قال مالك في «المدونة»[1] وفي «الموطأ»[2] .

قوله : (**وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلانِ**) يحتمل أن يريد في كل مسألة قولان : أحدهما قول ابن القاسم ويكون نبه بهذا على أن في كل مسألة قولين ، والمشهور متعاكس ، ويحتمل أن يريد : في كل مسألة قولان غير قول ابن القاسم ، ويكون في مجموع المسألة ثلاثة أقوال، وإلى هذا ذهب **ابن عبد السلام** .

وأحد القولين : ليس لربها إلا الدابة في الغصب والتعدي معاً ، وليس له تضمين القيمة .

والقول الثاني : إنه مُخيَّر في الجميع بين أخذ الدابة وأخذ قيمتها .

وفهم من قوله : (**مِنْ سَفَرٍ بَعِيد**) أنه لو تعدى بها المستعير أو المكتري موضعاً قريباً أو زمناً قريباً ، أنه لا يكون له تضمين الدابة .

وفي الباجي : إذا أمسكها أياماً يسيرة زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه ، وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول ، قاله مالك وأصحابه .

فإن قلت : فما الفرق على قول ابن القاسم ؟

---

(١) « المدونة » (١٥/١٨٦) .

(٢) « الموطأ » (٢/٧٣٣) .

قـيل : قـال فـي «النكت»(١) : لأن المسـتعير والمكتري إنما تـعديا على المنافع لا على الرقاب، فغرما كراء تلك المنافع ، والغاصب إنما غـصب الأعيان فلم تكن عليه قيمة المنافع ولو أنه قصـد إلى غصب المنافع خاصـة ، لكان عليه كراؤها مـثل أن يريد دابة يكريها إلى موضع ، فيأخذها غصباً مما يعلم أنه لم يقصد غصب الرقبة .

قال في «النكت» (٢): وينبغي في المكتري والمستعير إذا تعديا بالدابة المسافة وأصابها في ذلك عيب يسـير فوجب لربهـا ما نقص العيب - أن يُـسْقِطَ من كراء الزيادة على المسـافة مقدار ذلك الجزء الذي نقص من قيمة الدابة مثل أن يكون نقـصها العيب الخمس ، فيسقط من كراء الدابة الخمس أو الربع ، فيسـقط من كراء الدابة ربعه وأبى هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا ، وهو صواب عندي فتأمله .

وَفِيهَا : لَوْ نَـقَلَ الْجَارِيَةَ إِلَى بَلَد ثُمَّ اشْتَرَاهَا مِنْ رَبِّهَا فِي بَلَد آخَـرَ جَازَ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : بِشَرْطِ أَنْ تُعْرَفَ الْقِيمَةُ ، وَيُبْدِلُ مَا يَجُوزُ فِيهَا بِنَاءً عَلَى أَصْلَيْنِ : السَّلامَةِ وَوُجُوبِ الْقِيمَةِ .

أي : لو (**لَوْ نَقَلَ**) الغاصب (**الْجَارِيَةَ**) ، وتصور المسألة ظاهر من كلامه ، وهذه المسألة نص عليها في «المدونة»(٣) في الصرف .

وقوله : (**جَازَ**) : أي الشراء بناء على أن الأصل سلامتها في موضعها ، ورأى أشهب أن قيمتها قد وجبت على الغاصب بوضع يده عليهـا ، فلابد أن تعرف قيمتها ويشتريها بما يجـوز له أن يشتـري به تلك القيـمـة ، وبه قال سـحنون ومال إليـه ابن المواز ؛ لأن رفع العدوان كان من حق ربِّ الجارية ، فليس من حقه عقد المعاوضة فيها على الضرر .

ودلت هذه المسألة على أنه ليس مـن شرط بيع المغصوب من الغـاصب أن يخرج من يد الغاصب ويقيم بيد ربه مدة كما اشترطه بعضهم .

وَإِذَا حُكِمَ بِالْقِيمَةِ مَلَكَهُ الْغَاصِبُ فَلا رُجُـوعَ لَهُ فِي مِثْلِ الآبِقِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ مَوَّهَ فَلَهُ الرُّجُوعُ ....

يعني : إذا زعم الغاصب أن العبد أبق أو ضلت الدابة وشبه ذلك ، فقضي عليه بالقيمة

(١) « النكت والفروق » (٢/١٩٦) .
(٢) « النكت والفروق » (٢/١٩٦) .
(٣) « المدونة » (١١/٤٠٤) .

ثم وجد الآبق ونحوه ، فإن كان قد تبين كذبه وهو معنى قوله : (قَدْ مَوَّهَ) أي أظهر خلاف ما كان فله الرجوع فيه، أي وله أن يبقى على أخذ القيمة ، وإن لم يتبين كذبه وتبين صدقه، فالمشهور أنه لا رجوع لربه فيه ، وتمضي المعاوضة .

وقيل : له الرجوع كما لو موَّه بناءً على أن المعاوضة وقعت على غير المغصوب أو عن الحيلولة بينه وبين ربِّه ، فإذا وجدت زالت الحيلولة .

أشهب : ويحلف أنه لم يخفها عن ربها ، ولقد كانت فاتت من يده ، وتبقى له إذا كانت على الصفة التي حلف عليها .

أبو الحسن : وقوله تفسير .

قال في «المدونة»[1]: إلا أن يظهر أفضل من الصفة بأمر بين ، فلربها الرجوع بتمام القيمة، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها ، وقاله أشهب ، ومن قال : له أخذها؛ فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين في صفتها وحلفت على صفتك ثم ظهرت على خلاف ذلك ، كنت قد ظلمته في القيمة فيرجع عليك بما تزيد عليه ، لا يكون له رد الجارية .

وحكى اللخمي عن ابن القاسم في «المبسوط» أن للمغصوب منه رد القيمة وأخذ الجارية أعني إذا ظهر أن صفتها على خلاف ما حلَفَ عليه .

ابن يونس : قال بعض الفقهاء : وينبغي أن لو أقرَّ الغاصب بخلاف ما غصب مثل أن يقول : غصبت جارية ويقول المغصوب منه : غصبت عبداً فكان القول قول الغاصب ثم ظهر أنه عبد ، أنَّ له الرجوع فيه كالذي أخفى ذلك ؛ لأنه لم يغرم من قيمة الصفة شيئاً ، بخلاف العبد ، ويختلفان في الصفة .

وانظر : لو غصب جارية سوداء للخدمة قيمتها عشرون ، وقلت أنت : جارية بيضاء قيمتها مائة مما يصلح للوطء فالأظهر أن ذلك كجحد الصفة ، انتهى باختصار .

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ فِي تَلَفِهِ وَصِفَتِهِ وَمَبْلَغِهِ .

يعني : إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه ، هل تلف الشيء المغصوب أم لا ؟ واختلفا في صفته أو مبلغه ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٩٨) .

وفي «المدونة» [١]: وإن غصب جارية وادَّعى هلاكها واختلفا في صفتها صُدِّق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، فإن جاء بما لا يشبه صُدِّقَ المَغْصُوب منه مع يمينه ، وكذلك نص مالك في «المدونة»[٢] وفي «العتبية»[٣] على وجوب اليمين على الغاصب إذا اختلفا في العدد .

ولم أرَ في الأمهات وجوبَ اليمين على الغاصب إذا ادَّعى التلف ، لكن نص فيها في الشيء المستحق أنه إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلِف إذا ادَّعى المشتري تلفه ، وكذا في رهن ما يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما ، وقد نص **ابن عبد السلام** على وجوب اليمين هنا في التلف .

وقال أشهب : يصدق الغاصب مع يمينه ، وإن ادعى ما لا يشبه كما لو قال : هي بكماء صماء .

وفي «العتبية»[٤] عن مالك في من غصَبَ صرَّةً من رجلٍ والنَّاس ينظرون إليه وطرحها في متلف فادعى ربها عدداً وكذبه الآخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها ؛ أو لم يطرحها ثم يختلفان ؛ أنَّ القول قول المنتهب مع يمينه .

وقال مطرف وابن كنانة وأشهب : القول في هذا وشبهه قول المنتهب منه ، وإن ادَّعى ما يشبه أن مثله يملكه .

ابن يونس : يريد ويحلف ، وقد اختلف في يمينه كالذي يدعي على رجل مائة فيقول المطلوب : لا أدري ألك علي شيء أم لا ؟

فقيل : يأخذ المدعي ما قاله بغير يمين ؛ لأنه لا حقيقة عنده ولأن الشاكَّ لو حَلَفَ لم يمكنه أن يحلف ، فيقضي أنْ لا فائدة في يمين المدعي للتحقيق ، وأما إذا ادعى طرحها ، ولم يفتحها فالقول قول المنتهب منه مع يمينه ؛ لأنه يدعي حقيقته وأما إن غاب عليها وقال: الذي كان فيها كذا ؛ فالقول قول المنتهب مع يمينه ، انتهى .

(١) « المدونة » (١٤/ ٣٥٠) .

(٢) « المدونة » (١٤/ ٣٥٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣٢) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣٢) .

وَلَوْ وَلَدَتْ ثُمَّ مَاتَ الْوَلَـدُ فَفِي الضَّمَـانِ فيهِ : قَـوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْـهَبَ ، ولَوْ قَتَلَهُ ضَمِنَهُ....

يعـني : إذا **(وَلَدَتْ)** الأمة المغصوبة ، فإن قتل الغاصب الولد ضمنه اتفاقاً ، وإن مات بسماوي فقال ابن القاسم في «المدونة»(١) : لا ضمان عليه فيه .

وقال في «كـتاب ابن شعبـان» : يضمنه ؛ وهو قول أشهب وابن وهب وعـبد الملك ، وهم على تغليب شبه الوديعة في الولد أو الغاصب ؛ لأن الذي باشره الغصب إنما هو الأم وحدها ، وكذلك اختلف أيضاً إذا ماتا معاً هل يضمن إلا الأم أو يضمنهما ؟

ورجح قـول ابن القاسم هنـا بأن الغاصب إذا ضـمن قـيمـة الولد فـإنما يضمنهـا يوم الغصب، فـيقدر كـأنه ملكها من يومئـذ ، فيكون ولدها نشأ عن ملكه ، فـإن ماتت الأم وحدها فأشهب يقول : يأخذ ربها قيمتها مع عين الولد ، وابن القاسم يقول : ليس له إلا أخذ القيمة دون الولد أو أخذ الولد دون القيمة وإن وجدا معاً ، فاتفق ابن القاسم وأشهب على وجوب ردهما معاً وهذا هو المعروف .

بل حكى صاحب «المقدمات»(٢)اتفاق المذهب عليه ، ونقل غيره عن السيوري أنه قال : الولد غلة لا يلزم رده .

وحيث ألزمنا الغاصب قيمة الولد فـالمعتبر في ذلك يوم الولادة ، ونص عليه أشهب في «الموازية» .

وخرج اللـخمي على القـول بأن الغاصب يغـرم أعلى القيم أي يغـرم قيمـة الولد يوم الموت، ورد بأن الولد قد قـيل : إنه غلة لا يلزم رده لو كان موجـوداً ، فلا يمنع أن يراعى فيه هذا الخلاف .

وَإِذَا تَعيَّبَ بِسَمَاوِيٍّ فَلَيْسَ لَهُ إِلا القِيمَةُ أَوْ أَخْذُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ .

يعـني : إذا تعيب الشيء المغصوب **(بِسَـمَاوِيٍّ)** أي بأمر من الله لا بجناية الغاصب أو أجنبي ، فربُّه مخير في أمرين لا ثالث لهـما : إمَّا أن يأخذ المغصوب منه **(القِيـمَةَ)** يـوم الغصب أو يأخـذه بعينه **(بِغَيْـرِ شَيْءٍ)** أي بغير أرْشِ العيب ؛ لأن المغـصوب منه كان قادراً على تضمين الغاصب جميع القيمة فتركها .

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٣٥٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٤٩٧) .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق في العيب بين أن يكون يسيراً أو كثيراً وهو المشهور .

وحكي ابن الجلاب[١] قولاً آخر أنه : لا يضمن المغصوب بحدوث عيب يسير .

عياض : ورجحه بعض المتأخرين من شيوخنا ، انتهى .

وفي «الموازية» : إذا غصب داراً فانهدم بعضها في يده ، أنه لا يضمن إلا قيمة ما انهدم أو يأخذه على ما هو عليه ، فإن انهدم جلها ضمن الغـاصب قيمتها ، فقال اللخمي : هو مثل ما في «الجلاب» .

وزاد عليـه المازري بأنه يحتـمل أن يرى في هذا القول ثبـوت الدار كسلع مـتعـددة فلا يضمن جملتها بهلاك بعضها ، ورد بأنه لو راعى ابن المواز هذا لما فرق بين انهدام جل الدار وبين ما هو دون ذلك .

وحكى المازري قولاً ثانياً عندنا : إن للمـغصوب منه في العيب الكثيـر أن يأخذ السلعة وقيمة ما نقصها .

وَبِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ - لَهُ أَخْذُهُ وإِتْبَاعُ الأَجْنَبِيِّ أَوْ أَخْذُ قِيمَتِـهِ مِنَ الْغَاصِبِ يَوْمَ الْغَصْبِ ثُمَّ يَتْبَعُ الْغَاصِبُ الْجَانِيَ ....

يعني : وإن تعيب المغصوب (**بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ**) غير الغاصب ، فربه بالخيار في وجهين : إما أخذ عين شيئه ويتبع الجاني بقيمةِ الجِنَايَةِ وإمَّا أخذ قيمته كاملة من الغاصب يوم الغصب ثم يتبع [الغاصب الجاني ، بما كـان يتبعه به] [٢]ربُّ السلعة وليس لربِّ السِّلعـة أن يُضمِّن الغاصب قيمة الجناية ، قاله في «المدونة»[٣] .

وقـيلَ : إذا كانت قيمتها يوم الغصب عشـرين ونقصها القطع النصف فأخذها ربها وما نقصها وذلك عشرة - نظراً إلى قيمتها يوم جنايـة الأجنبي عليها - فإن كانت مائة وقيمتها مقطوعة خمسون أخذ ربها من الجاني خمسين فأعطى منها للغاصب عشرة وأخذ البقية .

ابن يونس : وهذا على مذهب أشهب أن الغاصب لا يربح .

---

(١) « التفريع » (٢/٢٨١) .

(٢) سقط من ط .

(٣) « المدونة » (١٤/٣٢٨) .

ابن عبد السلام : ولا شك في مخالفة هذا القول «للمدونة» ؛ لأنه مكن ربها من أخذ السلعة على ما نقصها .

وَانْكِسَارُ الثَّدْيَيْنِ عَيْبٌ .

يعني : إذا غصب أَمَةً قائمةَ الثَّديين فانكسرا فإن ذلك عيب يوجب لربها الخيار كما تقدم بين أن يأخذها ناقصة أو يضمن الغاصب قيمتها ، وهكذا نص عليه أشهب .

واستغنى المصنف بهذا الفرع عما في «المدونة» : إذا غصب شابة فهرمت عنده لاستلزام ما ذكره لذلك ، واستشكل بعضهم قول أشهب في انكسار الثديين من حيث إنه لم يجعل ما حدث من كبر ذاتها جابراً لعيب انكسار الثديين .

أَمَّا لَوْ نَقَصَ سُوقُهَا مِنْ عَشَرَةٍ إِلَى دِرْهَمٍ لَمْ يَلْزَمْ سِوَاهَا عَلَى الْمَشْهُورِ كَمَا لَوْ زَادَ ....

يعني : أنه اختلف إذا نقص سوق السلعة ، فالمشهور أنه لا خيارَ لربِّها وليس له سواها على المشهور ، والشاذ يرى أن نقص السوق كنقص الذات ؛ فيكون لربها الخيار وهو مروي عن مالك .

وحجة ابن يونس وغيره بأن نقص السوق - لا سيما في المثال الذي فرضه المصنف - لا يقضي على العيب اليسير أيضاً بأنه الجاري على المشهور في المتعدي على الدابة المكتراة يزيد بها على مسافة الكراء ثم يردها على حالها أن لربها تضمينه قيمتها ؛ لأنه حبسها على أسواقها وقد تقدم ذلك .

وقوله : (**كَمَا لَوْ زَادَ**) استشهاد للمشهور أي كما لا يعتبر زيادة السوق فكذلك لا يعتبر نقصه ، وليس المراد التشبيه لإفادة الخلاف ، فإن الخلاف ليس بموجود في الزيادة وهكذا أشار إليه **ابن عبد السلام** .

وَفِي كَوْنِ جِنَايَةِ الْغَاصِبِ كَالأَجْنَبِيِّ - قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ .

يعني : واختلف إذا جنى الغاصب على الشيء المغصوب جناية دون التلف هل ذلك كجناية الأجنبي ؟ فيتخير بين أن يأخذه بالغصب ويأخذه بقيمتها يوم الغصب أو يأخذه بالتعدي فيأخذ سلعته وأرش الجناية ، وإليه ذهب ابن القاسم واختاره مطرف وابن الماجشون وابن كنانة .

وقال أشهب : ليس لربه إلا أخـذه على حاله بغير أخذ أرْش الجناية أو أخذ قـيمته يوم الغصب ، وهو اختيـار محمد وإليه ذهب سحنون ؛ لأنه قـال : يأتي قول ابن القاسم هذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل .

وإلى هذه المعارضة أشار المصنف بقوله :

وَاسْتُشْكِلَ الفَرْقُ بيْنَهُ وبيْنَ الْقَتْلِ .

وذلك لأن ابن القاسم لم يلزم الغـاصب إذا قتل المغصوب إلا القيـمة يوم الغصب ولم يجـعل قتله كـقـتل الأجنبي [فكان قيـاسـه ألا يجعل جناية علـى ما دون النفس كـجناية الأجنبي] (١)، وفرَّق ابن القاسم بأن القتل إتلاف لجميع الذات ، وذلك موجب للتضمين فيضمن قيمة المغصوب يوم قطع يده عليه ، وأمـا قطع اليد وشبهه فإن عين المغصوب باقية وإذا بقيت عينه فقد يكون لربه غرض في عين شيئه .

وحكى الدميـاطي عن ابن القاسم التخيـير في قتل الغاصب ، وإليـه ذهب سحنون في «المجموعة» ثم رجع عنه .

وألزم ابن يونس سحنون على قوله : إن لرب العبد أن يطالب الغاصب بما نقصه القطع أن يقول بذلك لعله إذا كان القطع بأمر من الله لا سبب للغاصب فيه .

ولَوْ قُتلَ الْعبْدُ قِصاصا ضَمِنَ .

أي : ولو قتل المغصوب بغير سبب الغاصب ضمنه بوضع اليد عليه ، ولو كان العبد هو الذي جنى قُتلَ قصَاصا .

ولَوْ تعلَّقَ أَرْشٌ برقَبـته ؛ فَقـالَ ابْنُ الْقَاسم : كَعَـيْب سلْعَة فَإنْ أَخَـذَ الْقيمَـةَ فَلِلْغَاصب إِسْلامُهُ أَوْ فـدَاؤُهُ ، وإِنْ أَخَذَهُ سيِّدُهُ فكَذلك ، وقَـالَ أَشْهَبُ : يُسَلِّمُهُ السيِّـدُ أَوْ يَفْديه أَوَّلاً ثُمَّ يَرْجعُ بالأَقَلِّ منْ قيمَته أَوْ جنَايَته ....

يعـني : فإن جنى العبد المغصوب جناية وتعلَّق أرْشُها برقبته ، فذلك عيب حدث فيخير ربه بين تضمين الغاصب قيمته أو أخذه بعينه ؛ فإن اختار تضمينه صار الغاصب كالمالك ، فيخير في إسلامه في الجناية أو فـدائه بأرش الجناية ، وإن اختار ربُّ العبد أخذه فكذلك ، أي فيخير في إسلامه أو فدائه ، ولا شيء لسيد العبد على الغاصب غير هذا .

---

(١) سقط من ط .

وقال أشهب : يخير سيد العبد كما قال ابن القاسم في إسلامه أو فدائه ، وأي الوجهين اختاره كان له بعد ذلك الرجوع على الغاصب بـالأقل من قيمة العبد أو أرش جنايته ؛ لأنه إذا كان الأرش أقل من القيمة فهو القدر الذي أدخله الغـاصب فيه ، وإن كانت قيمة العبد أقل فلا يلزم الجاني إلا ذلك وهذا القول أيضاً لابن القاسم في «العتبية»(١) .

قال في «البيان»(٢) : ولا فرق في ذلك بين العمد والخطأ إذا كان العمد لا قصاص فيه بأن يكون على حر أو على عبد وفي الجراح الْمتَالِف كالمأمومة وَالْجَائِفَة ، وكذلك إن كانت جنايته على عـبد وفيهـا القصاص ، ولم يرد سيـد العبد المجني عليه أن يقـتص ، وأما إن اقتص سيد العبد المجني عليه من العبد المغـصوب فيما دون النفس ، فليس لسيِّد المغصوب إلا أن يأخذ عبدهُ كما هو أو يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ، انتهى .

وقال بعض الشيوخ : يحتمل قول أشهب على أن الجناية التي جناها العبد كانت خطأ ، فإذا خلص منهـا بغرامة أرْشِهـا لم يبق بعد ذلك عيب ، قال : وأمـا إن كانت عَمْـداً فهو عيب لازم للعبد ولا يتصور هذا التوجيه فيه .

وَإِنْ صَارَ الْعَصِيرُ خَمْراً فَمِثْلُهُ .

أي : إذا غصب عصـيراً فصار عند الغـاصِب خمراً ، فعليه مـثل العصير ؛ لأن صـفته انتقلت إلى ما لا يحلُّ [تملكه فيتعذر](٣) مثله .

قوله : (فَمِثْلُهُ) أي إن علم كيله وإلا فقيمته .

وخَلا خُيِّرَ فِيهِمَا .

أي : وإن صارَ العصيرُ خلا (خُيِّرَ) في أخذ المثل أو أخذه بعينه ؛ لأنه إنما انتقلت صفته خاصة ، وقد يقال على مذهب من يعتـبر في فوات المغصوب انتقال الاسم : إنه لا يكون عصيرا ، وقاله **ابن عبد السلام** .

وَإِنْ صَارَ الْخَمْرُ خَلاً تَعَيَّنَ .

إنما يتعين في حق المسلم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٢٦٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٢٦٨) .

(٣) سقط من ط .

أبو محمد : لأنها قد حلت وليس للغاصب فيها صفة يحتج بها .

بعض الشيوخ : وهو إنما يتمشى على قول من يجيز لصاحبها تخليلها .

وأما من يمنع ذلك فيلزمه أن يقول ببقائها ملكاً للغاصب ؛ لأنها كانت غير مملوكة للغاصب ، ولا لغيره حين كانت خمراً ، فإذا تخللت كانت كمن وضع يده على طائر لا ملك لأحد عليه .

إِلا أَنْ يَكُونَ لِذِمِّيٍّ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُ وبَيْنَ قِيمَتِه خَمْراً عَلَى الأَشْهَرِ .

(الأَشْهَرِ) مذهب أشهب ، وهو الجاري على قول ابن القاسم : إن من غصب خمراً لذمي عليه القيمة ، ومقابله لعبد الملك يتعين الخل كالمسلم ، وهو جار على قوله: إنه لا قيمة على المسلم إذا غصب خمراً من ذمي .

اللخمي : واختلف بعد القول أن عليه القيمة في من يقومها ، فقال ابن القاسم : يقومها من يعرف القيمة من المسلمين ، وقال أيضاً : يقومها أهل دينه ، وبالأول أخذ سحنون .

وقيل : إن الخلاف مبني على خطابهم ، فعلى الخطاب لا يضمن المسلم الخمر لهم ، وعلى عدمه يضمن .

والأظهر أن المسلم يضمن لهم ذلك ، وإن قلنا : هم مخاطبون لأنهم أقروا على تمليكها .

وَإِذَا زَرَعَ الْبَذْرَ وَأَفْرَخَ الْبَيْضَ فَالْمِثْلُ ، وقَالَ سَحْنُونٌ : الْفِرَاخُ لِلْمَالِكِ وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الحضْنِ....

حاصله أنه اتفق على أن عليه المثل في زرع البذر ، واختلف في البيض ، والقول الأول لأشهب في «المجموعة» وقاسه على البذر .

[أشهب : وأحب إليّ لو تصدق بالفضل على البذر](١) ،وليس بواجب عليه الضمان .

ابن عبد السلام : وهو أظهر القولين عندي لا سيما والمحكي عن سحنون أن الغاصب إذا عالجَ المغصوب حتى تغير اسمه عنده ، كان للغاصب لا لربه .

---

(١) سقط من ط .

وقال **ابن راشد** : وقول سحنون أقيس ؛ لأن الفراخ إنما خرجت من بيضة والزرع غير البذر ؛ لأنه يتغذى بماء الغاصب وأجزاء الأرض .

وَعَنْ أَشْهَبَ في مَن غَصَبَ دَجَاجَةً فَبَاضَتْ وحَضَنَتْ بَيْضَهَا : فَلِلْمَالك كَالولادَة ، فَإِنْ حَضَنَتْ غَيْرَ بَيْضِهَا أَوْ بَاضَتْ وحَضَنَهُ غَيْرُهَا فَالدَّجَاجَةُ ومِثْلُ الْبَيْضِ ، قَالَ مُحَمَّدٌ : وعَلَيْهِ أُجْرَةُ حضْنِهَا .

هكذا نقل ابن يونس ونصه : قال أشهب في «المجموعة» و «الموازية» : ولو غصب دجاجة فباضت بيضاً وحضنت بيضها ، فما خرج من الفراخ فلربها أخذها معها ، وإن حضن تحتها بيضا له من غيرها فالفراخ للغاصب والدجاجة لربها ، وله فيما حضنت كراء مثلها .

ابن المواز : مع ما نقصها ، إلا أن يكون نقصاناً بينا فيكون له قيمتها يوم غصبها ، ولا يكون له من بيضها ولا من فراخها شيء .

ولهذا قال **ابن عبد السلام** : ما نسبه المؤلف إلى محمد أنه أوجب لربها أجر الحضن حكاه ابن يونس عن أشهب متصلاً بالكلام الأول ، وإنما الذي زاده ابن المواز أن لربها ما نقصها ، انتهى .

خليل : والظاهر من الكلام أن محمداً وافق على الأجرة ، واستشكل قول محمد : إن له أجر الحضن مع ما نقصها ؛ فإن غرامة ما نقص من الدجاجة يمنع من أن تكون له أجرة الحضن .

قال في «الموازية» : وإن غصب حمامة فزوجها حماماً له فباضت وأفرخت فالحمام والفراخ للمستحق ، ولا شيء للغاصب فيما أعانها ذكره من حضانة ، وللمستحق الحمامة فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها ، أما ما حضنته غيرها من بيضها فقال محمد: إن له مثل بيض حمامته إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلفة حمام يحضنهم، فله أن يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض ، وقال سحنون : الفراخ أيضاً لصاحب البيض وللغاصب أجرة الحضانة .

اللخمي : فوجه الأول أنه غصب ما له مثل فكان القضاء فيه بمثله ، ووجه الآخر أن حكم البيض حكم الجنين .

ولابن القاسم في سماع سحنون في الرجل يأتي بحمـامة أنثى والآخر بحمام ذكر على أن يكون الفراخ بينهما : أن الفراخ بينهما ، وفي الرجل يقول للرجل : احضن هذا البيض تحت دجاجتك فما كان من فراخ فـهو بيننا ؛ أن الفراخ يكون لصاحب الدجاجة ولصاحب البيض بيض مثله .

وَإِذَا صَبَغَ الثَّوْبَ خُيِّـرَ الْمَالِكُ بَيْنَ الْقِيمَةِ والثَّوْبِ ويَدْفَعُ قِيمَـةَ الصَّبْغِ ، وقَالَ أَشْهَبُ : ولا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ ، أَمَّا لَوْ نَقَصَتْ قِيمَتُهُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ولا لَهُ إِنْ أَخَذَهُ ....

يعني : وإذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص فمذهب «المدونة» ؛ أنه يخير المالك بين أخذ قيمة الثوب يوم الغصب أو أخذ الثوب بعد أن يدفع قيمة الصبغ ، وقال أشهب: يخير بين أن يأخذ قيمة الثوب أو يأخذ الثوب بلا غرم .

وفهم كون أشهب يوافق على التخـيير من إثبات الواو في قول المصنف : (**ولا شَـيْءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ**) فإن ذلك يستدعي تقديم معطوف عليه وهو ما قدمه .

ولعبد الملك في «الواضحة» مثل قول أشهب وله في «المبسوط» : التفرقة بإن كان صبغه شيئاً يسيراً فكذلك ، وإن كان كثيراً فـلا يأخذه حتى يدفع قيمة الصنعة أو يضمن الغاصب ما غصب أو يكونان شريكين ، وأثبت ابن الماجشون في هذا القول الشركة ، واختلف عليه هل بقيمة الصنعة أو بما زادت ؟

ونص ابن القاسم علـى نفي الشركة هنا وبذلك على مـا قيدنـا به كلام المصنف من أن الثوب زادت قيمته ولم تنقص .

قوله في قسيم المسألة : (**أَمَّا لَوْ نَـقَصَتْ**.. إلى آخره) : وهو ظاهر ؛ لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب .

وَإِذَا ضَرَبَ الطِّينَ لَبِنا ضَمِنَ مِثْلَهُ .

لأنه انتقل بالصنعة ، وإنما يضمن المثل إن علم قدره وإلا فقيمته ، ويأتي على قول عبد الملك الآتي أن له أن يأخذ المطلوب بغير [عوض][1] .

وَإِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ ضَمِنَ قِيمَتَهَا ، وقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا لَمْ يَشْوِهَا فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا مَعَ أَرْشِهَا .

تصور كلامه ظاهر .

---

(١) في ط : غرم .

ابن عبد السلام : وظاهره أنه ليس لربها في القول الأول إلا قيمتها ، وبعد ذبحها فاتت مطلقاً ، وهو ظاهر ما حكاه غيره .

وقال بعضهم عن ابن القاسم : إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة ، وقول محمد هذا ، وهو محمد بن مسلمة بعيد عن أصل المذهب، يريد : وكذلك الطبخ .

وَلَوْ غَصَبَ نُقْرَةً فَصَاغَهَا ضَمِنَ مِثْلَهَا ، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَصْبُوغَ والمَصوغ والْمَصْنُوعَ مَجَّاناً إِذْ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ .

أي : المصبوغ في مسألة الثوب ، والمصوغ في النقرة ، والمصنوع في الطين ، ومعنى (**مَجَّاناً**) باطلاً بغير شيء ، وهو ظاهر التصور .

وَإِنْ غَصَبَ سَاجَةً أَوْ سَارِيَةً فَلَهُ أَخْذُهَا ولَوْ بِالْهَدْمِ .

الساجة : الخشبة ، **والسارية** : العمود ، وما ذكره نحوه في «المدونة» ، وهو المشهور .

وقوله : (**فَلَهُ أَخْذُهَا**) يعني : وله أخذ القيمة .

ابن القاسم في «الموازية» : وله أخذها وإن بني عليها القصور .

ابن يونس : وقيل : ليس لربها أخذها إذا كان في ذلك خراب بنيان الغاصب ؛ لأن ما يدخل على الغاصب في خراب بنيانه أعظم مما يدخل عليه فيها إذا عملها تابوتا ، وإذا لم يكن له أخذها في ذلك فأحرى في هدم بنيان الغاصب .

وحكى ابن حارث هذا القول عن أشهب ، وزاد ابن القاسم وأشهب اتفاقاً على أن البناء المعتمد على الحجر المغصوب يقلع ، وإنما اختلفا فيما انتشر عنه وخرج عن اعتماده ، فقال ابن القاسم قولاً مجملا : إنه يهدم .

وقال أشهب : إذا كان لا سبيل إلى انتزاع الحجر المغصوب إلا بهدم جميع البناء فإنه تجب القيمة لصاحب الحجر .

وأنكر المازري هذا التفصيل وقال : لم ينقله غيره ، وإنما المشهور في سائر الدواوين ذكر الخلاف في هدم بناء الغاصب قولاً مطلقاً فيما اعتمد على الحجر المغصوب أو لم يعتمد ، ولا يدرى أين وقف ابن الحارث على هذا التفصيل .

ابن القصار : وإذا رضي الغاصب بهدم بنائه لم تلزمه غرامة القيمة ، وإن رضي به المغصوب منه .

ومال اللخمي وعبد الحميد إلى منع الغاصب من الهدم إذا رضي رب الخشبة بأخذ قيمتها .

مالك في «الحاوي» : وأما من ابتاع خشبة فبنى عليها ثم استحقت فليس لربها قلعها ؛ إذ ليس الباني بغاصب .

وَإِذَا بَنَى الْغَاصِبُ خُيِّرَ الْمَالِكُ فِي أَخْذِهِ ودفْعِ قِيمَتِهِ مَنْقُوضاً بَعْدَ إِسْقَاطِ كُلْفَتِهِ مَا لَمْ يَكُنْ يَتَوَلاهَا بِنَفْسِهِ أَوْ بِعَبْدِهِ ....

سكت عما إذا انتقضت لدلالة الكلام المتقدم عليه .

وَإِذَا خَصَى الْعَبْدَ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً ويُعَاقَبُ .

وفي معني زيادته عدم زيادته ونقصانه نص عليه ابن شاس[1] .

وفي «العتبية»[2]: من عدا على غلام فخصاه فزاد ثمنه ، يقوم على قدر ما نقص منه الخصاء .

قال في «البيان»[3] في باب الرد بالعيب : يريد إن لم يرد ربه تضمينه واختار حبسه .

ومعنى قوله : (قدر ما نقص [منه الخصاء) قال في «البيان»[4]] [5]: عند من لا رغبة له في الخصيان ، وقال سحنون : معناه أن ينظر إلى دني يُنقصه الخصاء فما نقص كان على الجاني ذلك في المجني عليه ، وقد تأول بعضهم ما في الجراحات من سماع ابن القاسم أن ينظر ما تقع الزيادة فيجعل نقصاناً ، فيكون عليه غرمه ، وذلك بعيد لا وجه له في النظر، والذي يوجبه النظر أن يكون عليه في الذكر أو الأنثيين قيمة ، وفيهما قيمته مرتين كالحر في الدية قياساً على قول مالك في المأمومة والجائفة والمنقلة والموضحة أنه يكون عليه من قيمته

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٥٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٣١١) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٨/ ٣١١) .

(٤) سقط من ط .

(٥) « البيان والتحصيل » (٨/ ٣١١) .

بحساب الجزء من ديته ، وابن عبدوس يرى أنه إذا زاد الخصاء لا غرم عليه ولا يصح ذلك على المذهب ، وإنما يأتي على قول من يقول : لا شيء عليه في المأمومة وشبهها مما لا نقصان فيه بعد البرء .

وقول ابن عبدوس هو الذي اقتصر عليه المصنف تبعاً لابن شاس ، ولا إشكال في عقوبته .

وَلَوْ هَزِلَتِ الجَارِيَةُ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ نَسِيَ الْعَبْدُ الصَّنْعَةَ ثُمَّ تَذَكَّرَها حَصلَ الجبْرُ .

هو ظاهر .

وَأَمَّا الْمَنَافِعُ فَإِنْ فاتتْ كَالدَّار يقلعهَا ، والأَرْضِ يبورُهَا ، والدَّابَّة يُعَنِّدُهَا ، والْعَبْدِ لا يَسْتَخْدِمُهُ - فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا يَضْمَنُ ، وقَالَ غَيْرُهُ : يَضْمَنُهُ وصُوِّبَ ....

لما ذكر أولاً الغصب يكون لعين ومنفعة ، وتكلم على العين تكلم هنا على المنفعة ، يعني وأما المنافع فإن فاتت ولم ينتفع بها الغاصب كالأمثلة التي ذكرها المصنف ، فقال ابن القاسم : لا يضمن ، وهو المشهور .

أبو محمد[1] : لأنه كمن منعه من وطء أمته أو منع حرةً أو أمةً من التزويج .

وقال غيره : لأنه لم يغصب المنفعة ولم ينقلها لا يضمنها كما إذا سجن صاحبها ، وذهب مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وابن حبيب إلى الضمان ؛ لأنه أذهب مالاً عن مالكه ، فوجب أن يضمن قياساً على غصب العبد ، أما أنه مال فلأنه يجوز أخذ المال عنه ولو لم يكن لما جاز ذلك ، ومن هذا الخلاف فيمن غصب دنانير هل يضمن ما كان ربها ربح فيها ؟

وقد حكى اللخمي في من غصب دراهم أو دنانير هل يضمن ما يربح أو ما كان ربح فيها صاحبها ؟ ثلاثة أقوال : فقيل : لا شيء للمغصوب منه إلا رأس ماله ، استنفقها الغاصب أو اتَّجر بها فربح ، وهو قول مالك وابن القاسم .

وقيل : إن اتَّجر بها وهو موسر كان الربح له ، وإن كان معسراً كان الربح لصاحبها ، وهو قول ابن مسلمة وابن حبيب في الولي يتجر في مال يتيمه لنفسه فجعلا له الربح إن كان موسراً أو لليتيم إن كان معسراً .

---

(١) « الإشراف » (٢/ ٦٢٩) .

والقول الثالث أن للمغصوب منه قدر ما كان ربح فيها لو كانت في يده ، ذكرها ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أخر الغريم سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل والدين عينا أو مما يكال أو يوزن .

وحكى صاحب «المقدمات»(١) الاتفاق على أن ربح الدراهم والدنانير للغاصب .

والخلاف الذي ذكره المصنف إنما هو مبني على المشهور أن الغاصب يرد الغلة ، وأما على الشاذ أنه لا يردها فلا إشكال أنه لا شيء عليه هنا .

ومعنى (يُبَوِّرُهَا) يمنعها من الحرث وعقل الدابة أي من غير عمل .

قوله : (وصُوِّبَ) أي : صوبه ابن يونس .

فَإِن اسْتَغَلَّ أَوِ اسْتَعْمَلَ ضَمِنَ عَلَى الْمَشْهُورِ ، ورُوِيَ : إلا فِي الْعَبدِ والدَّوَابِّ ، ورُوِيَ: لا يَضْمَنُ مُطْلَقاً ....

يعني : فإن استغل الغاصب أو استعمل ضمن الغلة على المشهور إذ لا حق للغاصب ، وروي : لا ضمان عليه مطلقاً في الحيوان وغيره استغل أو استعمل لقوله عليه الصلاة والسلام : «**الخراج بالضمان**»(٢) .

فإن قيل : هو خراج على سبب .

قيل : المختار والاعتماد على عموم اللفظ دون خصوص السبب ، وروي أنه يغرم غلة الرباع والغنم والإبل والبقر دون العبيد والدواب .

ابن عبد السلام : وهو مذهب «المدونة» .

ولعل هذا القول الثاني في كلام المصنف ، ويحتمل أن يريد بالدواب مطلق الحيوان وهو قول ابن المعذل ، وهو مذهب «المدونة» في باب الاستحقاق ؛ لأنه نص فيها في الباب المذكور على أن الغاصب لا يرد غلة الدواب والعبيد ، خلاف ما نص عليه في باب الغصب على ما نقله **ابن عبد السلام** .

والصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين ما شهره المصنف من وجوب الغلة

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٤٩٨) .

(٢) تقدم تخريجه .

مطلقاً، وقد صرح المازري وصاحب «المعين»(١) وغيرهما بشهرة ما شهره المصنف ، قال في «المقـدمات»(٢) : وقد اختلف في غلة المغصوب هل حكمهـا كالمغصوب أم لا ؟ فمن قال بالأول وهو أشهب يقول : تلزمـه قيمة الغلة يوم قبـضها أو أكثر مـا انتهت إليه وإن تلفت بأمر من الله تعالى .

وأما القائلون بالثاني فاختلفوا في الغلة بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لا ضمان على الغاصب فـيها وأنه إن ادَّعى تلفَـها لم يصدق وإن كـان مما لا يغاب عليه ، وتحـصيل اختلافهم أن الغلة ثلاثة أقسام :

أولها : متولد عنه على هيئته وهو الولد فيردها اتفاقاً .

والثاني : متولد عنه على غير هيئته وهي تمر النخل ولبن الماشية ففي وجوب رده قولان.

والثـالث : أن تكون غير متولدة عنه ، وهي الأكرية والخرابات ففـيه خمسة أقوال فذكر الثلاثة التي ذكرها المصنف .

والرابع : يلزمه رد الغلة إن اكترى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل .

والخامس : يلزمه إن اكترى أو انتفع ولا يلزمه إن عطل .

وفي إطلاقه على الولد غلة تسامح .

وهذا القول الأخير يستغنى عنه بما قدمه المصنف في الفرع المتقدم .

وَأَمَّا الْبُضْعُ فَلا يَضْمَنُ إِلا بِاسْتِيفَائِهِ لا بِـفَوَاتِهِ ، فَفِي الْحُرَّةِ صَدَاقُ مِثْلِهَا ، وَفِي الأَمَةِ مَا نَقَصَهَا ، وكَذَلِكَ مَنْفَعَةُ الْحُرِّ ....

لما ذكر أولاً الخلاف فيما إذا عطـل المنافع أخرج هذا من ذلك ، ولذلك أتى بأمَّا المشعرة بالتفصـيل ، ومعنى كلامه أنه إذا منع الحـرة أو الأمة من التزويج فلا ضـمان عليه ، وإنما يضمن بالإفاتة بوطئها لا بحبسها من غير وطء .

ومقتضى كلامه أنه إذا غاب على الأمة ولم يطأها لا ضمان عليه .

قال في «البيان» (٣): وهو مذهب ابن القاسم ولم يفرق بين الرائعة وغيرها ، وقيل في

(١) « معين الحكام » (٢/٨٢٦) .

(٢) « المقدمات » (٢/٤٩٦) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/٢٥٩) .

الجارية أنه يضـمن قيمتهـا بالغيبة عليـها حكاه في «الواضحة» عن مطـرف وابن الماجشون ومالك وأصحابه ولم يفرق أيضاً في ذلك بين الرائعة وغيرها وقال أصبغ : يضمن إن كانت رائعة ؛ وقوله : بالتفرقة جيد .

وقوله : (**وكَذَلِكَ مَنْفَعَةُ الْحُرِّ**) أي : لا يضمن إلا بالاستيفاء لا بالفوات .

وَلَوْ غَصَبَ مَـا صَادَ بِهِ وفَرَّعْنَا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لِلْمَـالِكِ فَإِنْ كَانَ عَـبْداً فَالصَّيْـدُ لِمَالِكِهِ اتِّفَاقاً ، وإِنْ كَـانَ كَالسَّيْفِ والشَّبَكَةِ والْحَبْلِ فَلِـلْغَاصِبِ اتِّفَاقاً ، وعَلَيْهِ أُجْـرَةُ مِثْلِهِ ، والْفَرَسُ كَالسَّيْفِ، وإِنْ كَانَ جَارِحاً فَعَلَى قَوْلَيْنِ بِنَاءً عَلَى التَّشْبِيهِ بِهِمَا ....

تقدم الكلام على ذلك في باب الصيد ، والمسألة الثانية لا تناسب هذا الفصل .

قوله : (**لِمَالِكِهِ**) أي لمالك العبد يريد على قول أن الغاصب يرد الغلة .

قوله : (**وعَلَيْهِ**) أي وعلى الغاصب (**والْفَرَسُ كَـالسَّيْفِ**) أي فالصيد للغاصب وعليه أجرة مثله ، وإن كان ما صاد به كلبا أو بازا فعلى قولين بناء على التشبيه بهما ، أي بالعبد والسيف ، فمن شبهه بالعبد فالصيد لمالكه ، ومن شبهه بالسيف والشبكة فالصيد للغاصب وعليه أجرة مثله .

وَإِذَا غَـصَبَ دَاراً خَـرَاباً أَوْ مَرْكَبـاً خـراباً فَأَصْلَحَهُ فَـاغْـتلَّ ، فَـقَالَ أَشْـهَبُ : مَـا زَادَ فَلِلْغَاصِبِ ؛ كسَاحَةٍ يعْمُرُهَا ، وقال محمد : الْجمِيعُ لِلْمَالِكِ .

وافق أشهب أصبغ .

اللخـــمي : وهو أبين فيقـوم الأصل قبل إصلاحه فينظر ما كـان يؤاجر به من يصلحه فيغرمه وما زاد على ذلك فللغاصب .

اللخمي : ولا أعلمهم اختلفوا في من غصب أرضاً فبناها ثم سكن واستغل أنه لا يغرم سوى غلة انتفاعه .

ورأى محمد أن جميع الغلة للمغصوب منه ، وله أخذ الدار مصلحة ولا شيء عليه إلا قيمة مـا لو نزعه لكانت له قيمة ، ورأى أن المالك يسـتحق البناء بقيمته منقـوضاً ، فيكون مالكه فتكون غلته له ، وكذلك ما أخرجـه في إصلاح المركب من قلفطته وزفته فلربه أخذ ذلك وجميع الغلة .

محمد : إلا مثل الصواري والأرجل والحبال وما أخذ له ثمن إذا أخذ فللغاصب أخذه إن كان بموضع لا غناء له عنه ؛ إذ لا يجد صاريا ولا أرجلا ولا حبلا إلا هذه ، أو لا يجد ذلك بموضع ينال حمله إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة ، وهو مما لابد منه مما يجري به المركب حتى يرده إلى موضعه ، فربه مخير بين أن يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيف كان أو يسلك ذلك إليه .

وعلى هذا ففي قول المصنف **(الجميعُ لِلمَالِكِ)** إطلاق ، وإنما مراد محمد ما ليس له عين قائمة مستقلة .

ابن عبد السلام : وقول محمد أظهر .

وقال **ابن راشد** : والأول أقيس ، ويعكس على قول محمد ما حكاه اللخمي في من غصب أرضاً فبناها .

وَحَيْثُ أُلْزِمَ الْغَاصِبُ الْغَلَّةَ فَمَا أَنْفَقَ عَلَى الْعَبْدِ والدَّابَّةِ وسَقْيِ الأَرْضِ وعِلاجِهَا ونَحْوِهِ يُقَاصُّ بِهِ ، فَإِنْ زَادَ لَمْ يَرْجِعْ ....

هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» وحاصله أنه يرجع بالأقل مما أنفق أو الغلة ، وقاله ابن القاسم في «الموازية» ثم رجع في«الموازية» وقال : لا شيء للغاصب واختاره ابن المواز.

والأول أظهر ؛ لأن الغاصب وإن ظلم فلا يظلم ، ولأن الغلة إنما نشأت عن عمله ، فلهذا لو قيل : إنما يرجع فيما زاد عمله في الغلة لكان وجهاً حسناً ، وهذا في كل ما ليس للمغصوب منه بد كطعام العبد وكسوته ، وعلف الدابة .

وأما الرعي وسقي الأرض فإن كان يستأجر له أو كان في يده فكذلك ، وإن كان يتولاه بنفسه أو بعبده فلا شيء عليه ، وقاله أصبغ في سقي الشجر وحرث الأرض .

اللخمي : وأرى أن يكون على الغاصب الأقل من ثلاثة : إجارة المثل فيما يتولاه الغاصب ، أو ما آجر به عبيده أو دوابه ، أو تسليم الغلة التي اغتلها الغاصب .

فَلَوْ بِيعَ الْمَغْصُوبُ أَوْ وُرِثَ ؛ فَإِنْ عَلِمَ المشتري فَكَالْغَاصِبِ .

يعني : فلو باع الغاصب المغصوب ، أو مات الغاصب فورثه ورثته ، **(فَإِنْ عَلِمَ المشتري)** بذلك والوارث ، وفي بعض النسخ : **(علم)** فقط ، فيكون الفاعل أحدهما لا

على التعيين .

[قوله](١) : (**فَكَالْغَاصِبِ**) أي في لزوم رد الغلات ؛ لأنه لما علم بالغصب وجب عليه الرد ولا عذر له ، بل قال أبو عـمران : وإنما يشترط علم المشتـري وأما الوارث فإنما ينظر إلى معرفة الناس في ذلك .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ - فِي السَّمَاوِيِّ وَلا فِي الْغَلَّةِ سَكَنَ أَوْ زَرَعَ أَوْ أَكْرَى - وَلا عَلَى الْغَاصِبِ مِنْ حِينَ بَاعَ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

وإن لم يعلم أحـدهما ، أي المشتـري والوارث فلا شيء عليـه مما هلك أو نقص مما لا صنع لأحد فيه ، وهو مراده بالسماوي ، قال في «البيان»(٢) : باتفاق .

قوله : (**وَلا فِي الْغَلَّةِ**) ظاهره أن الغلات تكون للمشتري وللوارث إذا لم يعلما ، وهو صحيح في المشـتري ، وأما وارث الغاصب فـلا غلة له باتفاق سواء انتفع بنفـسه أو أكرى لغيره .

فـإن قـيل : حكمهم للمشتري بالغلة دليل على أن الضـمان منه ، وقولهم : لا ضمان عليه في السماوي يدل على أن الضمان ليس منه فما وجه الجميع ؟

قيل : إنما نفينا سبباً خاصا من أسباب الضمان لا مطلق الضمان .

قوله : (**وَلا عَلَى الْغَـاصِبِ**... إلى آخره) أي لا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من حين باع على المشهور ، وهما مبنيان على القولين فيما عطله الغاصب .

وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْغَاصِبِ الْوَاهِبِ قَوْلانِ .

أي : في الرجوع عليه بالغلة التي استغلها الموهوب له .

ابن عبـد السلام : وهما كالقولين السـابقين ، وهكذا نسب اللخمي لابن القاسم أنه لا رجوع على الغاصب في الهبة والتعطيل .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن في «التهذيب»(٣) : ومن وهب لرجل طعاماً أو إداماً فأكله أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها ثم استـحق ذلك فليرجع بذلك على الواهب إن كان مليئاً وإن كان

---

(١) سقط من ط .

(٢) « البيان والتحصيل » (٢٤٦/١١) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣٠٥/٣) .

عديماً أو لم يقدر عليه رجع بذلك على الموهوب له ثم لا يرجع الموهوب له على الواهب بشيء، وكذلك لو أعاره الغاصب هذه الثياب فلبسها لباساً ينقصها ، فعلى ما ذكرنا ثم لا يرجع المستعير بما غرم من نقص الثياب على المعير ، انتهى .

عياض : وقوله : **(ومن وهب)** معناه عندهم أن الواهب غاصب .

وقد صرح بذلك ابن يونس واللخمي في نقلهما فقالا : ومن غصب لرجل طعاماً . . . إلى آخره .

ولهذا قال **ابن راشد** : الصواب الرجوع ؛ لأنه هو الذي أتلفها على ربها ونفي الرجوع مبني على أن الموهوب له هو المباشر ، ولما لم يغرم لعذره بالشبهة لم يغرم للغاصب من باب أولى .

وَعَلَى الرُّجُوعِ إن أعدمَ ، فَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قَوْلانِ .

يعني : وإذا فرعنا **(عَلَى الرُّجُوعِ)** بالغلة على الغاصب الواهب فلو أعسر الغاصب فقال ابن القاسم في «المدونة»[1]: يرجع المالك على الموهوب كما يرجع على الوارث الغاصب بجامع أن كلا منهما أخذ بغير عوض .

وقال أشهب في «الموازية» : الموهوب له إذا لم يعلم بالغصب كالمشتري لا يرجع عليه بالغلة .

تنبيه : ووقع في بعض النسخ عوض **(أعدمَ)** (أغرم) بالغين المعجمة والراء المهملة والمعنى: إذا رجع على الغاصب بغلة الشيء المغصوب فهل يرجع الغاصب بذلك على الموهوب له ؛ لأنه تبين أنه وهب شيئاً لا يملك أو لا يرجع ؛ لأنه سلطه على ذلك ؟ قولان .

وهذا الثاني هو الذي يأتي على قول ابن القاسم في «المدونة» والأول يأتي على غيره فيها ، وسيأتيان عند قول المصنف : **(والمشهور أنه بيد الغاصب)** .

وَلَوْ أَكَلُوهُ أَوْ لَبِسُوهُ فَأَبْلَوْهُ فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهُمْ قِيمَتَهُ أَوْ مِثْلَهُ يَوْمَ لَبِسُوهُ ، أَوْ تَغْرِيمُ الْغَاصِبِ ، أو إمْضَاء بيْعِ الغَاصِبِ .

الضمير في **(أَكَلُوهُ)** وما بعده عائد على من حصل له المغصوب من جهة الغاصب وهو

---

(١) « المدونة » (٤٣٩/١٤) .

وارثه وموهوبه والمشتري منه ونحـو ذلك ، وإن أكل هؤلاء الطعام أو لبسوا الثـوب حتى أبلوه ، فالمالك مخير في أمرين : إما أن يغرمهم قيمة المقوم ، ومثل المثلي يوم وضع اليد؛ لأنهم لا علم لهم بالغصب ، وإليـه أشار بقوله : (يَوْمَ لَبِسُوهُ) وإما أن يغـرم الغاصب القيمة أو المثل يوم الغصب ، وله وجـه ثالث في البيع وهو إمضاء بيع الغاصب ؛ لأنه بيع فضـولي ، وظاهر قوله : (فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهُمْ... أَوْ تَغْرِيمُ الْغَاصِبِ) أن المغصـوب منه بالخيار، وليس هو المشـهور ، والمشهور أنه يبدأ بالغاصب كمـا سيأتي ، ولعل المصنف إنما أراد تعلق الغرامة بهم من حيث الجملة ولكن أطلق لما سيذكره .

واستشكل ابن يونس كون المشتري يضمن القـيمة يوم اللبس فقال : وقيل : إن المشتري يضمن القيمة إذا لبسه فأبلاه يوم اللبس ، وهذا فيه نظر ؛ لأنه غير متعد وهو إذا لبسه يوماً أو أياماً ولم ينقصه ذلك لم يكن عليه شيء ، وإنما يضمن قيمته بالاستهلاك .

قال : والجواب أنه لمّا كان هلاكه بالانتفـاع لم يفرق في ذلك بينه وبين المتعدي الغاصب ألا ترى أن ابن القاسم شبه ذلك بغلته ، فلذلك كان عليه قيـمته يوم لبسه ، وكما لو كان ذلك عنده رهناً أو وديعة .

وَكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ ، فَإِنِ اخْتَارَ تغْرِيمَهُ فَكَانَ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحَقِّهِ مِن الْمُشْتَرِي أَوْ رَبِّهِ قَوْلَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَب ....

وكذلك أيضاً يكون المغصـوب منه بالخيار إذا قتل المشتري العبد المغـصوب فإن أخذ ربه القيـمة منه يـوم الجناية وكانت أقل من الثـمن فاتفق ابن القـاسم وأشهب أن الغـاصب لا يستحق زيادة الثمن ، واختلفا في من يستحق تلك الزيادة هل المشتري أو المالك ؛ فقال ابن القاسم : يستحقها المشتري ؛ لأن البيع قد انفسخ بغرم المشتري قيمة ما اشتراه .

وقال أشـهب : بل يرجع المالك بتلك الزيادة على الغاصـب ويرجع المشتري بمقـدار ما أدّى .

ونقلَ ابنُ يونس عن أشهب مثل ما حكـى المصنف عنه ونصه : وقيل عن أشهب : إذا باعها الغاصب - أي الأمة - بمائة وقـتلها المبتاع وقيمتهـا خمسون فأغرمه المستحق قـيمتها خمسين ، فليـرجع المبتاع على الغاصب بما غـرم للمستحق في ذلك وهو خـمسون ويرجع المستـحق أيضاً على الغاصب بالخمـسين بقية الثمن الذي أخـذها فيها ، قـال : ولو كانت

قيمتها يوم الغصب مائة وعشرين ، فباعها الغاصب بمائة فقتلها المبتاع وقيمتها حينئذ خمسون فأخذ المستحق قيمتها من المشتري على قول أشهب بما غرم وذلك خمسون ، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب وذلك سبعون .

خليل : وجعل **ابن عبد السلام** ما نقله ابن يونس عن أشهب مخالفاً لما حكاه المصنف عنه ، وسبب ذلك أنه أسقط ما حكاه ابن يونس بعد قول أشهب فليرجع المبتاع على الغاصب بما غرم للمستحق وفي ذلك خمسين .

قوله : (ويرجع المستحق على الغاصب بالخمسين بقية الثمن الذي أخذه فيها) ورأيت في نسخة مثل ما حكاه ، لكن وجدت في نسخ مثل ما حكيته : وبه يتفق نقله مع نقل المصنف ثم يلزم على ما حكاه **ابن عبد السلام** أن يكون في كلام ابن يونس إشكال وتناقض.

أما الإشكال ؛ فلأن قول أشهب على ما نقله أن الخمسين الباقية تكون للغاصب مشكل؛ لأن الغاصب لا يربح وأما التناقض ؛ فلأن ما حكاه ثانياً عن أشهب يناقضه ، والله أعلم .

وَفِي كَوْنِ الْخَطَأ مِنْهُ كَالسَّمَاوِيِّ أَوْ كَالْعَمْدِ قَوْلانِ .

تقدم أن المشتري لا يضمن بالسماوي اتفاقاً ، وأشار المصنف في المسألة السابقة إلى أنه يضْمَنُ بالعمد ولا خلاف فيه .

واخْتُلف في جنايته خطأ ، فقال ابن القاسم في «العتبية»(١) :هو كالسماوي .

وقال أشهب في «المجموعة» : يضمن به كالعمد ؛ وهو أقيس لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء .

واختلف في «المدونة» على أي القولين تحمل ، فجعل في «البيان»(٢) ما في «العتبية» مفسراً له وحمل ما فيها من الضمان إذا قطع المشتري يدها على الخطأ .

وقال أبو الحسن : ظاهرها أنه لا فرق بين أن تكون الجناية عمداً أو خطأ .

وقال **ابن عبد السلام**: إنه ربما تأول على «المدونة» أنه عدم الفرق .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٢٤٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٢٤٧) .

وَلاَ يُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي فِي تَلَفِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ ، وَيَحْلِفُ ثُمَّ يَغْرُمُهُ إِنْ شَاءَ .

هكذا في «العتبية» [(١)]؛ لأن فيها : ولو ادعى المبتاع أنها هلكت صدق ، وفيما لا يغاب عليه من رقيق وحيوان ، ولا يصدق فـيما يغاب عليه ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو لقد هلكت ويغرم قيمته إلا أن يأتي ببينة على هلاكه من غير شبهة ، وكذا يفهم من «المدونة» .

قيل : وإذا صدِّق في ما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعواري .

وقال أصبغ : يصدق في الضياع فيما يغاب عليه مع يمينه ، وإنما حلَّفناه فيما يغاب عليه على الأول مع إنا نضمنه له مخافة أن يكون قد غيبها .

ابن عبد السلام : وإذا بنينا على المشهور وضمناه فخرج بعضهم قولاً بعدم اليمين ، وإذا صدقنا المشتري في الهلاك ، فلا يرجع بالثمن على البائع منه ؛ لأن الضياع هنا كالهلاك ، وفاعل **(ويحلِفُ)** عائد على المشتري وكذلك يغرمه ، وفاعل **(شاء)** عائد على المستحق .

فرع : ومتى يضمن ما يغاب عليه ؟ نقل ابن يونس عن غيره أن الأشبه إذا رئي الثوب عنده بعد شـهر من يوم اشتراه وادَّعى ضـياعه لما استـحق ، إنه إنما يضمن قيمـته يوم رئي بخلاف الصانع والمرتهن يدعي ضياعه بعد أن رئي عنده بعـد شهر ، فإنه يضمن القيمة يوم القبض والفرق أنهما قبضاه على الضمان ، فلما غيباه اتهما على أنهما إنما قبضاه ليستهلكاه فأشبها المتعدي ، بخلاف المشتري فإنه إنما قبضه على أنه هلكه فلم يتهم .

وَالْمَشْهُورُ أنه يُبَدَّى الْغَاصِبُ عَلَى الْمَوْهُوبِ إِذَا أَكَلَهُ أَوْ أَبْلاهُ .

لاشك إن علم الموهوب له بالغصب أنـه كالغاصب يتبع صـاحبه أيهمـا شاء ، وإن لم يعلم فـالمشهـور وهو مذهب ابن القـاسم في «المدونة» أنه يبـدأ بالغاصب ؛ لأنه كـالمسلط للموهوب له ، فيرجع عليه بقيمـة الموهوب وغلته على القول بالرجوع بها أولاً ، فإن كان عديما رجع على الموهوب له .

قال في «البـيان»[(٢)] : وإذا رجع بها أولاً على الغاصـب ، فلا رجوع له على الموهوب له، وإن رجع أولاً على الموهوب له رجع على الغـاصب إذا يسر ، وقـال [ابن القاسم][(٣)] في كتاب الاستحقاق من «المدونة»[(٤)] : يرجع أولاً على الموهوب له ؛ لأنه المباشر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٣٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٤١) .

(٣) في ط : غير ابن القاسم .

(٤) « المدونة » (١٤/ ٣٦٠) وهو في كتاب الغصب ، وليس الاستحقاق .

ابن رشد[1]: فإن لم يكن له مال رجع على الغاصب ، فإن رجع على هذا القول على الغاصب رجع الغاصب على الموهوب له ، وإن رجع على الموهوب له لم يرجع على الغاصب بشيء عكس الأول .

ولأشهب قول ثالث أن المالك بالخيار في اتباع أيهما شاء ، واختاره ابن المواز وسحنون.

اللخمي : ولا خلاف أن له تغريم الغاصب ؛ لأن هبته لا تسقط المطالبة عنه عند علم الغصب ، وإن أحب أن يبتدئ بالموهوب فالأقوال الثلاثة ، وإن كان الغاصب معسراً فله أخذ المستهلك اتفاقاً ، انتهى .

أشهب : بناء على قوله : (ويطلب الغاصب بالقيمة يوم الغصب) أو يطلب الموهوب له بالقيمة يوم إتلافه ما أتلف ، فإن كانت قيمته يوم الغصب عشرين ، وقيمته يوم الإتلاف ثلاثين ، فاختار اتباع الغاصب فأخذ منه عشرين ثم يرجع على الموهوب له بالعشرة الباقية.

واحتج أشهب على قول ابن القاسم بموافقته إياه ، على أن المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب ، فهو كغريم ثان يتبع المالك إن شاء الغاصب ، وإن شاء المشتري إذا أتلف، والفرق لابن القاسم إذا ابتدأ تضمين المشتري كان للمشتري الرجوع على البائع ، وهو الغاصب أولاً ، كذلك الموهوب له فإنه إذا غرم قيمة المغصوب لم يكن له رجوع البتة على أحد ، ومقابل المشهور في كلام المصنف يحتمل أن يريد به الثاني .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب لعدم إشعار كلام المؤلف بالتخيير ، ويحتمل أن يريد به قول أشهب .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٢٤١) .

كتاب الاستحقاق

الاسْتِحْقَاقُ : فَإِنِ اسْتَحَقَّتِ الأَرْضُ مَزْرُوعَةً بَعْدَ إِبَّانِ الزِّرَاعَةِ فَلا شَيْءَ لِلْمَالِكِ فيه زَرعهَا أَوْ أَكْرَاهَا ....

يـريـد : إذا كان الزارع زرع بوجه شـبهة ؛ كالمشتري أو المكتـري إذا لم يعلما ، وسواء تولى زراعتها بنفسه ، أو أكراها ، وإنما لم يكن للمالك شيء ؛ لأن الخراج بالضمان .

ولهذا قال ابن القـاسم : في من كان في يدِهِ أرض بميراث فأكـراها ثم أتى رجل فأثبت أنه أخوه ، إن له أن يرجع عليه بحصته من الكراء ، وإن لم يعلم ؛ لأنه لم يكن ضامناً .

تنبيه :

لم يتعرض المصنف لما إذا كان الزارع لها غاصبـاً ، ولنذكره باختصار ، فنقول : إن قام رب الأرض بعد الحرث وقبل الزراعة ، ففي اللخمي وغيره أنه يأخذه بغير شيء .

وقال **ابن عبـد السلام** : [بـل][1]يأخذه بغير شيء على أظهر القولين في تزويق الجدار وشبهه، وإن كان قيامه بعد الزراعة وقبل ظهور الزرع ، أو بعد ظهوره ، وقبل أن ينتفع به فله أن يأمره بقلعه أو يأخذه .

ابن القـاسم وأشـهب : بغير ثمن ولا زريعة ولو اتفـقا على إبقائه في الأرض بكراء ، فمنع منه ابن المواز ؛ لأنـه يؤدي إلى بيع الزرع قبل بدو صلاحـه ، ورأى أن المالك لما كان قادراً على أخذه مجاناً وأبقاه لزارعـه بكراء ، كان ذلك الكراء عوضاً عنه في المعنى ؛ فهو بيع له على التبقية .

وخرج على قـول من يرى أن من ملك أن يملك لا يعد مـالكاً قول بالجـواز ، وإن كان قيامـه بعد أن بلغ الزرع مبلغـاً ينتفع به ، ولم يخرج إبان الحراثة ، فله أن يأمـره بقلعه ، وهل له أن يعطي الغاصب قيمته مقلوعاً ويبقيه لنفسه قولان .

اللخـمي : والقول بأن له ذلك أصوب ؛ لأن نهيه عليـه الصلاة والسلام عن بيع الثمار قبل بدو الصـلاح على البقـاء إنما هو لأنه يزيد للبقـاء ثمناً ، ولا يدري هل يسلم أم لا ،

---

(١) سقط من ط .

وهذا يدفع قيمته مطروحاً ، وإن كان قيامه بعد خروج الإبان فقال مالك : الزرع للغاصب وعليه كراء الأرض ، وليس لربِّ الأرض قلْعه .

اللخمي : وهو المعروف من قوله ، وذكر رواية أخرى أن للمستحق أن يقلعه ويأخذ أرضه لقوله عليه السلام : « **ليس لعرق ظالم حق** »(١) .

وروي أيضاً عن مالك : الزرع للمغصوب منه الأرض وعليه نفقته وإن طاب وحصد .

واختار هذه الرواية الثالثة غير واحد لما في الترمذي : « **من زرع أرضاً لقوم بغير إذنهم فالزرع لرب الأرض وعليه نفقته** »(٢) .

عبد الحق(٣) : واعلم أن ما جرى من قوله : يكلف الغاصب القلع إذا كان في إبان الزرع، إنما يعني أن إبان الشيء المزروع فيها لا غيره ، فإذا فات إبان ما يزرع فيها فليس لرب الأرض تكليف الغاصب القلع وإن كان يمكنه أن يعمل فيها مقتاتا أو شيئاً غير الذي زرع فيها ، وهذا لأصبغ مبين في «المستخرجة» ، وهو معنى ما في «المدونة» ، وكذلك حفظت عن بعض شيوخنا القرويين .

فَإِنْ كَانَ فِي إِبَّانِهَا أَوْ كَانَتْ تُزْرَعُ بُطُوناً فَلِلْمَالِكِ الْخِيَارُ فِي أُجْرَةِ الْمِثْلِ مِنْ حِينِ وُجُوبِهِ أَوْ نِسْبَةِ مَا بَقِيَ ....

فإن كان قيام المستحق على الزارع بوجه شبهة في إبان الزراعة أي في وقت الزراعة أو كانت الأرض تزرع بطوناً في العام الواحد ، ولم يستوف تلك البطون ، فالمالك مخير في وجهين : إما أخذ كراء المثل من وقت وجبت له الأرض وقضي له بها ، وإما أن يكون له نسبة ما بقي من مدة الكراء من حساب الكراء الذي أكراها به المستحق من يده .

وحاصله أن للمستحق الأكثر، وما ذكره المصنف خلاف ما في «المدونة»(٤) ؛ ففيها : قال

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) وأبو يعلى (٩٥٧) والبزار (١٢٥٦) والبيهقي في «الكبرى» (١١٣١٨) من حديث سعيد بن زيد ، وصححه الألباني -رحمه الله - .

(٢) أخرجه أحمد (١٥٨٥٩) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه ، وصححه الألباني رحمه الله .

(٣) « النكت والفروق » (٢/ ٢٠٠) .

(٤) « المدونة » (١٤/ ٣٦٨) .

ابن القاسم : وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة فاستحقها ، وهي مزروعة قبل فوات إبان الزرع ، فكراء تلك السنة للمستحق وليس له قلع الزرع ؛ لأن المكتري زرع بوجه شبهة .

وقال عبد الملك : إن قـدر ما مضى للمشتري ؛ لأن بقـاء الزرع ذلك الأمد قبل مجيء هذا له قدر بما ذكره المصنف ، قـول عبد الملك : ووجه ما في «المدونة» أن ربهـا كان قادراً على زرعها لولا زرع هذا .

فرعان :

الأول : ما ذكره المصنـف ظاهره إذا كان المكتري قد زرع ، وأمـا إن لم يزرع ، فإما أن يستحـقها قبل الحـرث أو بعده ، فإن لم يحرث ، اللخـمي : فهو كالسكنى لـه أن يمضيه بالمسمى أو يخرجه ، وإن حرث أقره بالمسمى أو أخرجه .

واختـلف في حكم الحـرث فـقـيل : لا شيء للمسـتـحق ، وقـال ابن القـاسم في «المستـخرجة» : المستـحق بالخيار بين أن يعطيـه قيمة حـرثه ، فإن أبى أعطاه الآخر قيـمة كرائه، فإن أبى أسلمها ولا شيء له .

الثاني : اللـخمي : واختلف إذا قام المستحق في الإبان فحكم له بعد ذهابه ، هل يكون الكراء للأول أو للمستحق ؟

وذكر ابن رشد في [الحد](1) الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان مستحقه وتكون الغلة له ، ويجب التوقيف فيه ، ثلاثة أقوال :

الأول : أنه لا يدخل في ضمـانه ، ولا تجب له الغلة حتى يقـضى له بها ، وهو الذي يأتي على قول مالك في «المدونة» : إن الغلة في يديه حتى يقضى بها للطالب .

وعلى هذا لا يجب توقـيف الأصل المستـحق توقيفـاً يحال بينه وبينـه ، وهو قول ابن القاسم في الرباع التي لا تحول ولا تزول ولا توقف ، مـثل ما يحول ويزول ، وإنما يوقف وقفا يمنع من الإحداث فيها .

الثاني : أنه يدخل في ضمانه وتكون الغلة له ، ويجب توقيفه وقف يحال بينه وبينه إذا ثبت بشهادة شـاهدين عدلين أو شاهد وامرأتين ، وهو ظاهر قـول مالك في «الموطأ» ؛ إذ

---

(١) سقط من ط .

قال فيه[1]: إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق ، وهو قول غير ابن القاسم في «المدونة» ؛ إذ قال : إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه الدفع .

والثالث : أنه يدخل في ضمانه ، ويجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد ؛ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح : إنه يحلف مع شاهده وتكون مصيبته منه وروايته عنه في الكتاب المذكور في مسألة الزيتون إذا ادعاها وأقام شاهدا واحداً أن الثمرة له إذا توالت على معنى المسألة أنه استحق الأصل دون الثمرة .

وأما على تأويل من تأول أنه ادعى الأصل والثمرة وشهد له بهما جميعاً الشاهد الذي أقامه فتخرج الرواية عن هذا الباب إلى وجه متفق عليه ، وما وقع في كتاب أحمد بن زياد: التوقيف يجب في الدار بالقفل ، وتوقيف الغلة بشهادة الشاهد الواحد يأتي على هذا القول ، وكذلك أيضاً النفقة تجري على هذا الاختلاف ، وفرق في رواية عيسى عن ابن القاسم وهو ظاهر «المدونة» ، وساوى عيسى بينهما من رواية وهو القياس ، والصواب أن ما في «المدونة» اختلاف من القول .

فَإِنْ غَرَسَ ، أَوْ بَنَى قِيلَ لِلْمَالِك : ادْفَعْ قِيمَتَهُ قَائماً ، فَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ لِلْمُكْتَرِي : أَعْطِه قِيمَةَ أَرْضِه بَرَاحاً ، فَإِن كَانَا شَرِيكَيْنِ بِقِيمَةِ أَرْضِه وقَدْرِ مَا يُبْنَى بِه مِثْلُهُ عَلَى الأَشْهرِ لا بِمَا زَادَ .

أي : فإن غرس الأرض المستحقة من يده كان مشترياً أو مكترياً فإنه يقال لرب الأرض : ادفع قيمة البناء أو الغرس قائماً فإن أبى قيل : للمشتري أو المكتري : أعطه قيمة أرضه ، فإن أبى كانا شريكين ، وروى مطرف أن عمر رضي الله عنه قضى بهذا .

وإذا بنينا على الشركة فقال ابن يونس وغيره : إنَّ ظَاهِرَ الْكتاب أن صاحب البناء يكون شريكاً بقيمة البناء ، وقال مطرِّف : بما زاد البناء في قيمة الأرض ، وفهم بعضهم «المدونة» عليه .

ابن يونس : والأول هو الصواب ؛ لأنه قد لا تزيد العمارة في مثل هذه الأرض شيئاً بل قد يكون ثمنها براحا أكثر لأعمال القبول ونحوها ، فإذا قومت على ما قاله ابن الماجشون ذهب عمل العامل باطلاً ، وهو غير متعد ، ولعل المصنف لهذا شهره .

(١) « الموطأ » (٢/٧٢٢) .

ابن الجهم : وإذا دفع ربُّ الأرض قيمة العمارة وأخذ أَرْضَهُ ، كان له كراء ما مضى من السنين .

ولمالكٍ في «العتبية»[(١)] قول ثالثٍ أنَّه يكون شريكاً بما أنفق ؛ لأنه قال فيمن اشترى داراً وعمرها ثم استحقت للباني عليه مـا عمل من عمل الناس وأما بنيان الأمـراء فلا أدري ما هو؟ قيل : فتكون للباني قيمة البنيان أو نفقته .

قال في «البيان»[(٢)] : ضعف أن يكون له الرجوع فيما بنى من بنيان الأمراء ، بقوله : لا أدري ما هو ؟ وقـوله صحيـح ؛ لأنه أتلف ماله لما أنفق فيـما لا يسـوغ له من السَّرف المنهي عنه .

وأشار بعضهم إلى أن ما ذكره في بنيان الأمراء متفق عليه .

وفي كلام المصـنف إشكال ؛ لأنه حكم أولاً أن صاحب الأرض يدفع إليـه قيمـة البناء قائمـاً وهذا يعني أنه لا يجب للباني إلا ذلك ، وقال : إذا أبيـا يكونان شريكين ، ويكون الباني شريكاً بقدر ما يبني به مثل الأرض ، فكيف يكون شريكاً بما ليس له .

واستشكل أيضاً الأشياخ مذهب «المدونة» : فإن مالكاً أوجب له قيمة البناء قائماً وإذا قوم قائماً فـقد أعطى جزءا من الأرض ، وإن قومه منفكا عن الأرض صار منـقوضاً ، وأجاب اللخمي عنه بأنه إنما يقال : بكم يباع هذا البناء أو الغـرس على أن يقلع بعد انقضاء المدة ؟ ولا يقوم عليه على أنه قائم للأبد ؛ لأن الباني أو الغارس لا يستحق بقاؤه إلا إلى بقيتها ، قال : وإذا قوم على هذه الصـفة سقط الاعتراض بأن البـاني أخذ جزءاً من الأرض ؛ لأنه لم يقوم على أن للباني حقا في تلك الأرض ، وإنما يقـوم على أن مشتريه يضعه هناك ولا يقوم على أن مشتريه يضعه حيث أحب ؛ لأنه إن كان الآن في طرف ، كانت قيمته أبخس فلا يصلح أن يقوم في غير ذلك مما هو ضرر ؛ لأن فيه ضرراً على المستحق ، انتهى .

وفيه نظر ؛ إذ لا يتصور أن يكون البنيان قائماً حيث أحب .

وأجاب المازري : بأن مستحق الأرض لما كان قـادراً على أن يلزم الباني أو الغارس قيمة الأرض براحاً ، فعدل عن ذلك كان رضا منه بل يعطي الباني والغارس قيمته عليها قائماً ؛

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٥٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/١٥٨) .

لأن فعلهما وقع بوجه شبهة فلا سبيل إلى إعطائهما قيمة ذلك مقلوعاً ، وهو حسن ، ولو كان رب الأرض مخيراً في أن يلزم الباني قيمة الأرض براحاً وليس كذلك .

واختلف متى تراعى القيمة ؟ فمذهب الكتاب يوم الحكم ، وقيل : يوم البناء ، وفي كتاب العارية : وقيل : للباني ما أنفق ، وفي باب آخر : قيمة ما أنفق ، واختلف هل هو اختلاف قول أو لا ؟ وعلى الثاني وقد اختلف في كيفية الجمع ، وقد ذكرناه ثم ، وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس .

أما إن استحقت بحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه ؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً ، وليس له أن يعطي قيمة البقعة ؛ لأنه بيع الحبس ، وهذه المسألة ألقاها أبو محمد صالح على أبي الفضل .

وَفِي الزَّرْعِ سِنِينَ يُفْسَخُ أَوْ يَمْضِي ، فَإِنْ أَمْضَاهُ فَلَهُ نِسْبَةُ مَا يَنُوبُهُ كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ لِرَجُلَيْنِ....

يعني : إذا أكرى الأرض المستحقة من يده للحرث سنين ، وقد زرعت للحرث سنة أو أكثر ، وانقضى إبان الزراعة ، فكراء ما زرع للمستحق من يده ، وما بقي فالمستحق بالخيار في فسخ العقد فيه وفي إمضائه ، فلا يكون له الكراء على عدد السنين بل على حسب ما يراه أهل المعرفة ، وذلك مجهول .

واستشكل ذلك جماعة وكذلك قال ابن يونس وعياض واللخمي وغيرهم : إنه تجوز الإجارة بشرط أن يعلم ما يخصه وإلا أدى إلى البيع أو الكراء بثمن مجهول .

ولعل قول المصنف : **(كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ)** إشارة إلى ذلك ؛ لأن مذهب ابن القاسم المنع إلا أن يقوما ويدخلا على ذلك .

وقد يقال : فيما أجراه الشيوخ هنا نظر ، والفرق بينهما أن الْغَرَر في جمع الرجلين سلعتيهما في البَيْع واقع في أصل العقد بخلاف هذه فإنه طارئ بعد صحتها ، وهذا وإن كان ظاهراً إلا أنه قد يقال : إنه لا يسلم أن الضرر الطارئ مغتفر عند ابن القاسم ، فقد منع من التمسك بباقي الصفقة إذا استحق جلها للجهالة .

ويحتمل أن يكون قول المصنف : **(كَجَمْعِ)** ليس إشارة إلى ما ذكرناه بل إلى بيان كيفية التراجع ، والله أعلم .

وَيُحَدُّ الْوَاطِئُ الْعَالِمُ والْوَلَدُ رَقِيقٌ ولا ينسَبُ لَهُ .

يعني : وإذا وطئ الأمة المغصوبة عالماً بغصبها غاصبا كان أو غيره فهو زان ، فلذلك كان ولده رقيقاً للمغصوب منه ولا ينسب له ، وهذا بشرط أن تقوم البينة قبل الوطء على أن الواطئ أقرَّ بعلْمِهِ أن الأمة مغصوبة ، أو تشهد الآن بينة أنه أقر عندهم قبل الوطء بعلمه.

وأما إن لم يكن إلا مجرد إقْراره الآن بأنه وطئ عالماً ، فقال أهل المذهب : يُحدُّ لأجلِ إقْرارِهِ على نفسه بالزِّنا ، ويلحق به الولد لحق الله تعالى وحق الولد في ثبوت النسب ، وهي إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب .

ثانيها : أن يشتري أخته أو من يعتق عليه ويولدها ثم يقر أنه وطئها عالماً بذلك .

ثالثها : أن يتزوج امرأة ويولدها ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثاً ، وأنه تزوجها قبل زوج عالماً بالتحريم .

رابعها : إن يتزوجها ويولدها وهي ذات محرم منه إما من نسب أو صهر أو رضاع ثم يقر على نفسه أنه يتزوجها عالماً بتحريمها .

خامسها : أن يتزوجها ويولدها ثم يقر أن له أربع نسوة غيرها وأنه تزوجها عالماً بتحريمها، وليس ذكر هذا على طريق الحصر ، بل الضابط في هذا أن كل حد يثبت بالإقرار ويسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت معه ، وكل حد لازم لا يسقط بالرجوع فالنسب معه غير ثابت .

وَيَضْمَنُ غَيْرُ الْعَالِمِ قِيمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ الْحُكْمِ إِنْ كَانَ بَاقِيا إلا أَنْ يَأْخُذَ فِيهِ دِيَةً فَيَكُونَ عَلَيْهِ الأَقَلَّ مِنْهَا أَوْ قِيمَةَ الْوَلَدِ حَيا ...

لا خِلاَفَ أنَّ الولدَ هنا حرٌّ ثابتُ النسب ولكن يضمن الأب قيمتَه على المشهور ، وعن مالك أنه يضمنه كما سيقوله المصنف ، وقد تقدَّم جُلَّ هذه المسألة في النِّكَاحِ في الأمة الغارّة فراجعه .

فَإِنْ أَخَذَهَا عَنْ عُضْوٍ غَرِمَ قِيمَتَهُ نَاقِصاً مَعَ الأَقَلِّ مِنَ النَّقْصِ والدِّيَة ، وقَالَ الْمُغِيرَةُ : الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوَضْعِ ....

أي : وإن أَخَذَ الدِّيَة عن عضو واحد غرم الأب قيمته يوم الحكم .

قوله : **(وقَالَ الْمُغِيرَةُ)** راجع إلى قوله : **(يَوْمَ الْحُكْمِ)** .

وكَانَ مَالك يقولُ : لمستحقها أَخْذُها إنْ شَاءَ مَعَ قيمَة ولَدِهَا ثُمَّ رَجعَ فَقَالَ : قيمَتُهَا يوْمَ اسْتَحقَّهَا ، ثُمَّ رَجعَ فَقَالَ : قِيمَتُهَا وَحْدَهَا يَوْمَ وَطِئَهَا ، قَالَ أَشْهَبُ : ثُمَّ رَجعَ إِلَى الْقَوْلِ الأَوَّلِ ....

تصور الأقوال ظاهر ، وبالثالث أفتى مالك لما استحقت أم ولده إبراهيم ، وتابعه عليه جماعة من أكابر أصحابه : كابن كنانة وابن دينار ثم رجع إلى الأول ابن كنانة وعليه مات، هكذا [نقل][1] اللخمي والمازري : أم ولده إبراهيم .

[والذي نقله ابن رشد[2] وعياض][3] : أم ولده محمد ، قيل : وهو الصواب .

ومنشأ الخلاف تقابل الضررين ولا يخفى عليك ذلك .

وأخذ ابن القاسم بالقول الأول أن له أخذها إن شاء وأخذ قيمة الولد ، قال في «المدونة» : وعليه جماعة من الناس .

وأخذ جماعة كثيرة بالقول : إنه ليس لسيدها إلا قيمتها وقيمة ولدها يوم الحكم به وهو الذي صدر به صاحب «الرسالة»[4] ، وأما الغارّة فالمشهور المعروف أن له أخذها وأخذ قيمة الولد .

وحكى ابن الجلاب[5] رواية أخرى أنه يأخذ قيمة الأم ولا شيء في الولد .

وذكر المصنف أن القيمة في القول الثاني يوم الاستحقاق أي يوم الحكم ، وفي الثالث : يوم الوطء .

قال : في «المدونة»[6] في القسم بعد ذكر القولين الأولين : ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك ، ويجبر حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق .

---

(١) في ط : قال .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٥٨) .

(٣) في ط : وقال ابن رشد .

(٤) « الرسالة » (ص/ ٢٣٣) .

(٥) « التفريع » (٢/ ٢٨٤) .

(٦) « تهذيب المدونة » (١/ ٣٦٦) .

وقال أشهب في «الموازية» : هذا خطأ وإنما كنت أقوله -لو قلت بهذا- عليه قيمتها يوم أحْبلها ثم لا قيمة له في ولدها ؛ لأن في ملكه ولد ، وقال المازري : أشار أشهب إلى بقاء قولي مالك مع رضا المستحق بأخذ القيمة .

وسئل سحنون في «العتبية» (١) عن رجل اشترى جارية فأولدها ثم استحقها رجل فدفعها إليه الذي أولدها ثم اشتراها منه بعد ذلك ، هل تكون الجارية أم ولد أم لا ؟ أو حتى يولدها بعد الاستبراء ، فقال : إن كان دفعها إليه بقضاء قاض ثم اشتراها ، فإنها تكون أم ولد بملكه الأول حين أولدها .

فَإِنْ وَطِئَ بِالْمِلْكِ فَاسْتُحِقَّتْ بِحُرِّيَّةٍ ، فَقَالَ مَالِكٌ : لا صَدَاقَ لَهَا ، وَاسْتُشْكِلَ وخُولِفَ، والْغَلَّةُ مُنَزَّلَةٌ عَلَيْه ....

الأمة إذا استحقت بعد الوطء فلا يخلو إما أن تستحق بملك أو بحرية ، فإن استحقت بملك فإن كانت ثيبا فلا شيء عليه ، وإن كانت بكراً [فكذلك عند](٢) مالك وابن القاسم [وقال سحنون : عليها ما نقصها وإن استحقت بحرية فقال مالك وابن القاسم :](٣) لا صداق لها ، وهو المشهور المعروف ، وقال المغيرة : لها الصداق .

واختاره جماعة ؛ لأن الوطء انتفاع بغير مملوكة ولا ضمان فيها ، بخلاف المستحقة بملك فإن الوطء يجري مجرى غلات المضمون ، وهذا وجه الإشكال الذي أشار إليه المصنف .

فإن قيل : فهلا استغنى المصنف بقوله : (**خُولِفَ**) عن قوله : (**اسْتُشْكِلَ**) لأن من خالف قولاً ، فقد استشكله .

فجوابه يحتمل أن يكون المستشكل غير المخالف فإن الإشكال إنما يكون غالباً عن عرض القول على أصول ذلك القائل والمخالف قد يخالف في الأصول ويوافق عليها أو يخالف في الإجراء عليها .

قوله : (**والْغَلَّةُ مُنَزَّلَةٌ عَلَيْه**) أي غلة هذه الأمة المستحقة ، وكذلك العبد إذا استحق على هذا الخلاف ، فعند مالك وابن القاسم : العبد إذا استحق بحرية منزلة على هذا الخلاف ، فعند مالك وابن القاسم : لا يغرم الغلة ، وعند المغيرة : يغرمها .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ١٦٠) .

(٢) في ط : فقال .

(٣) سقط من ط .

ويحتمل أن يكون الضمير في (عَلَيْهِ) عائدا على الصداق ، واستصوب اللخمي قول المغيرة ؛ لأن الخراج إنما يكون بالضمان والحر لا يضمن ، وإذا رجع بالغلة رجع المشتري عليه بالنفقة ، بخلاف الأمة فإن الصداق إنما يستحق بأول الملاقاة .

وكهذه المسألة أعني إذا استحقت بحرية ، أما إذا استحق الأصل بحبس ، فإنه لا ضمان فيه كالحرة ، فقيل : غلته للمستحق منه ولأنه ضامن الثمن الذي دفع عند عدم البيع ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في «العتبية»[1] ، وقيل : إنه يرد الغلة ؛ لأن ما اشتراه لو تلف رجع بالثمن،وهو ظاهر مذهب ابن القاسم في« المدونة»؛لأنه علق الغلة بالضمان.

ابن رشد[2] : وبالأول جرى العمل عندنا .

تنبيه :

الغلة للمشتري في خمسة مواضع : إذا وجد البيع فاسداً فرده ، أو وجد عيباً فرده ، أو رد بفلس ، أو أخذ بالشفعة ، أو استحق ، وكذلك من صار ذلك إليه من قبل المشتري ولا غلة لوارث إن طرأ عليه وارث مثله في المنزلة وأقرب منه ، وإن لم يعلم ؛ لأنه لم يكن ضامنا ويأخذ القادم الكل إن لم يحاب المستحق منه وإن حابَى فهو واهِب للمحاباةِ ، فإن كان الواهب معسراً فاتفق على أن يرجع على المكتري ، وإن كان موسرا فالمشهور أنه يرجع على المكتري إلا أن يكون له مال فعلى المكري .

وقيل : إنما يرجع بذلك على المكتري إلا أن يعلم الآخر أن معه وارثا ، فيرجع عليه أخوه في عدم المكتري ، وهذا على أن قول الغير خلاف وإليه ذهب جماعة ، وقال الشيخ أبو محمد : إنه وفاق وإن جواب ابن القاسم أن أخاه علم كما قال غيره .

ابن القاسم : وأما إن سكن هذا الوارث أو زرع لنفسه ثم طرأ له أخ لم يعلم به ، فالاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء بخلاف الكراء إلا أن يكون به عالماً فيغرم له نصف الكراء .

وروي عن مالك أن عليه نصف كراء ما سكن .

قالوا : وعلى قول ابن القاسم : لا رجوع عليه بثلاثة شروط : أن يسكن بنفسه ، وأن

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ١٤٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ١٤٣) .

لا يكون في نصيبه ما يكفيه ، وأن لا يعلم ، زاد ابن عبدوس : وأن يقدم الأخ بعد إبان الزراعة .

ولهذا أفتى اللخمي في امرأة دَعَتْ زَوْجها للدخول فأنكر النكاح ، فأثبتته عليه لما سئل هل لها عليه نفقة في أيام الخصام ؟ بأنه لا نفقة عليه فيها إن كان ذلك من الزوج بتأويل وشبهه ، وأما إن كان دافعها بباطل واضح ؛ فإنه كالغاصب فلها النفقة فيها .

وَفِيهَا : والْمُتَعَدِّي يُفَارِقُ الْغَاصِبَ ؛ لأَنَّ الْمُتَعَدِّي جَنَاه عَلَى بَعْضِ السِّلْعَةِ والْغَاصِبُ أَخَذَهَا - كَكَسْرِ الصَّحْفَةِ وتَخْرِيقِ الثَّوْبِ ....

لما كان المتعدي مفارقاً عند الأصحاب للغاصب ، أراد المصنف أن يبين ذلك ونسب المسألة إلى «المدونة» لإفادة الحكم ، أو لإشكاله فإنهم فرقوا في الحكم ، والمعنى متفق ، أو لأن ما ذكره في «المدونة» من الفرق لا يعم صور التعدي ، فإن المكتري والمستعير إذا تعديا المسافة المدخول عليها متعديان وهل تعديا على مجموع السلعة لا بعضها ؟

واعلم أنَّ أصحابنا فرقوا بين الغصب والتعدي بوجوه منها : أن التعدي جناية على بعض السلعة ، والغصب جناية على جميعها .

ومنها : أن المتعدي ضامن للسلعة من يوم التعدي ؛ لأن يده كانت عليها بإذن ربها ، أعني في المستأجر والمستعير ، والغاصب ضامن من يوم الغصب .

ومنها : أن الغاصب يضمن السلعة في الفساد اليسير ، والمتعدي لا يضمنها إلا في الكثير .

ومنها : أن المتعدي يلزمه كراء ما تعدى عليه على المشهور كما تقدم .

وقوله : **(كَكَسْرِ الصَّحْفَةِ)** مثال للتعدي .

فَإِنْ كَانَ فَسَاداً كَثِيراً خُيِّرَ رَبُّه في أَخْذه وَمَا نَقَصَهُ وبَيْنَ قيمَته ، قَالُوا : بَعْدَ رَفْو الثَّوْب ، وشعب الْقَصْعَة - وَضَعُفَ ، وقَالَ أَشْهَبُ : يُخَيَّرُ بغَيْرِ شَيْء ، ورَجعَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، فَإِنْ كَانَ يَسيراً فَلَيْسَ لَهُ إلا مَا نَقَصَهُ بَعْدَ رَفْو الثوب باتِّفَاق ، وقَدْ كَانَ مَالكٌ يَقُولُ : مَا نَقَصَهُ ، ولا يُفرقُ بَيْنَ قَليلٍ وكَثير ، وسَوَاءٌ الْحَيَوَانُ وغَيْرُهُ ....

حاصله أنَّ في التَّعَدِّي ثلاثة أقوال : الأول لمالك : ليس عليه في التعدِّي إلا أرش

النقص ، كان النقص يسيراً أو كثيراً ، وإليه أشار بقوله : **(وقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ : مَا نَقَصَهُ، ولا يُفرقُ بَيْنَ قَلِيلٍ وكَثِيرٍ)** ثم رَجَعَ إلى الفرقِ بين اليسيرِ والكثير ، ففي اليسير : لا يكون عليه إلا ما نقص ، وفي الكثير : يخير بين أخذه [وبين أخذ قيمته ثم اختلف إذا خير في الكثير ، هل إذا اختار أخذ شيئه يكون له أرش ما نقص أو لا ؟ فقال أشهب : ليس له ذلك ، وهو بالخيار ، إما أن يأخذه][1] بغير شيء أو يضمنه جميع قيمته ، وقاله ابن القاسم أولاً ، ثم رجع عنه إلى ما في «المدونة» ، وأنَّ لهُ أخذ النَّقص إنْ اختَارَ أخذه .

وعلى هذا فاتفق في اليسير أنه ليس لربه إلا أخذ ما نقص بعد رفو الثوب وشعب القصعة ، والرفو : خيطها .

وقوله : **(قَالُوا)** يوهم تواطؤ أهل المذهب أو أكثرهم ، وأن ما نقله ابن يونس عن بعض الأصحاب قال هذا القائل ، وذلك بخلاف الجناية على الدَّابّة ، فإنه ليس عليه ما تداوى به الدابة ، والفرق بينهما أن ما ينفق في الثوب على المداواة غير معلوم ، ولا يعلم هل ترجع كما كانت أم لا ؟

والرفو : الخياطة معلوم ما ينفق عليهما ويرجعان كما كانا .

ابن يونس : وهذا الذي ذكره في الفساد الكثير في الثوب أنه يأخذه وما نقصه بعد الرفو خلاف ظاهر قولهم ، ووجه فساده أنه قد يغرم من رفوِ الثَّوْب أكثر من قيمته صحيحاً وذلك لا يلزمه ، ألا ترى أن أشهب وغيره يقول : ليس له أن يغرمه ما نقصه بعد الرفو ، وقد يبلغ ذلك ضعف قيمته ؟ وما حكاه من عدم لزوم أجر الطبيب .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر المذهب .

وحكى اللخمي في غرم الجارح أجر الطبيب قولين ، قال : والأحسن أنه على الجارح كالرفوِ .

وقوله : **(فَإِنْ كَانَ يَسِيراً فَلَيْسَ لَهُ إِلا مَا نَقَصَهُ)** قد تقدم أن هذا متفق عليه .

وقوله : **(بَعْدَ رَفْوِ الثوب بِاتِّفَاقٍ)** يحتمل أن يعود على قوله : **(فَلَيْسَ لَهُ إِلا مَا نَقَصَهُ)**، ويحتمل أن يعود عليهما .

ابن يونس : ولو قال قائل في اليسير : إنما عليه ما نقصه فقط لم أعبه ؛ لأنه إذا أعطاه

---

(١) سقط من ط .

ما نقصه دخل الرفو في قيمة هذا النقص كما قالوا في من وجد أيضاً ، وذلك شأنه أن له جعل مثله ولا نفقة له ؛ لأن النفقة داخلة في الجعل ، وقوله : (**وسَوَاءٌ الْحَيَوَانُ وغَيْرُهُ**) أي في التعدي عليه ، ثم أشار المصنف إلى حد اليسير من الكثير بقوله :

وَالْكَثِيرُ : مَا أَفَاتَ الْمَقْصُودَ فَإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ يَسِيراً كَقَطْعِ ذَنَبِ الْبَغْلَةِ وأُذُنِهَا ، وقَطْعِ طَيْلَسَانِ ذِي الْهَيْئَةِ وجُبَّتِهِ وعِمَامَتِهِ وشِبْهِ ذَلِكَ .

بين المصنف الكثير ؛ لأن اليسير يعلم منه ؛ لأنه إذا كان الكثير ما أفات المقصود ، فاليسير ما لم يفته ، هكذا قال ابن القصار ، ومعناه ما أفات الغرض المقصود ؛ فإنه كثير وإن كان في الصورة يسيراً ؛ كما مثل به من قطع ذنب البغلة ونحوها من مركوب ، مما يعلم أنه لا يركب مثل ذلك ، ولا فرق بين المركوب والملبوس ؛ كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته ، وهذه الرواية المشهورة عن مالك وفي «الواضحة» : لا يضمن إذا فسد الأذن بخلاف الذنب .

اللخمي : والأول أصوب ؛ وشين ذهاب الأذن كثير لا يركبها أحد من القاضي والكاتب والشاهد ، وهلى هذا فاتفق على الذنب واختلف في الأذن ، والواو في قوله : وأذنها بمعنى أو ؛ لأن المراد أن قطع الأذن ونحوه مفيت ، وكذلك الذنب على الرواية المشهورة .

وقوله : (**كَقَطْعِ ذَنَبِ الْبَغْلَةِ** . . إلى آخره) : يريد إذا كانت البغلة تراد للحمل كان صاحبها [كالقاضي][1] ونحوه أم لا ، فقد قال مطرف وابن الماجشون : إذا قطع ذنب بغل أو حمار أو فرس فأراه ضمن جميعه ؛ لأنه أبطل الغرض المقصود من مثله ؛ وهو ركوب ذوي الهيئات ، قالا : بخلاف العين والأذن [وقاله أصبغ .

وقولهما : بخلاف العين والأذن] [2]- يريد العين الواحدة - فقد نصَّ ابن الماجشون في «الثمانية» في الفرس أنه إن فقأ عينه عليه ما نقصه وإن فقأ عينيه ضمنه .

فروع :

الأول : اختلف فيمن استحق شيئاً من الرباع والأصول هل عليه يمين أم لا ؟ فالذي ذهب إليه مالك وجرى عليه العمل أنه لا يمين عليه .

---

(١) في ط : القاضى .

(٢) سقط من ط .

وقال ابن وهب وابن القاسم في «العتبية»(١) : يحلف أنه ما باع ولا وهب ؛ كالحيوان والعروض ، واتفقوا على اليمين في غير الأصول .

الثاني : إذا تعدى على عبد الغير تعديا فاحشاً وحكمنا بتضمينه القيمة ففي «المدونة»(٢) : يعتق عليه ، ورواه ابن كنانة عن مالك .

وقال مطرف وابن الماجشون : لا يعتق عليه ؛ لأنه إنما مثل بعبد غيره ، قالا : وليس للسيد أن يختار إمساكه ويأخذ ما نقصه .

وقيد بعض القرويين الأول بأن يطلب ذلك سيد العبد وأما إن أبى فله أخذ العبد وما نقصه .

ابن يونس : والصواب أن العبد يعتق أحب السيد أم لا ؛ لأنه بالجناية عليه لا ينتفع به، فترك السيد قيمته إنما هو من باب الضرر وإخدام العبد المعتق ، وقيمته تقوم مقامه .

الثالث : قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ : ولو تعدى على شاة بأمر قل لبنها ، فإن معظم ما تراد له اللبن ، ضَمِنَ قيمتها إن شَاءَ ربُّها وإنْ لم تكن غزيرَةَ اللّبن فإنما يضمن ما نقصها ، وأما الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما وإن كانتا غزيرتي اللبن ؛ لأن فيهما منافع غير ذلك باقية .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ١٤٥) .

(٢) « المدونة » (١٥/ ٣٨) .

كتاب الشفعة

الشُّفْعَةُ : أَخْذُ الشَّرِيكِ حِصَّةً جَبْراً بِشِرَاءٍ .

عياض وغيره : وهي بتسكين الفاء ، قيل : أصل ذلك من الشفع وهو ضد الوتر ؛ لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته فتصير حصته حصتين ، وقيل : من الزيادة ؛ لأنه يزيد مال شريكه إلى ماله ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **مَن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً** ﴾ [النساء:٨٥]، قيل : يزيد عملاً صالحاً إلى عمله ، وهو قريب من الأول ، وقيل : من الشفاعة ؛ لأنه يشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه .

وقيل : كانوا في الجاهلية إذا باع الرجل حصته أتى المجاور شافعا إلى المشتري ليوليه [ما اشتراه][١] .

وحدُّه اصطلاحاً ما ذكر فـ(**أَخْذُ**) جنس ، وأخرج بإضافته إلى (**الشَّرِيكِ**) الجار فإنه لا شفعة له عندنا وبحصة ما يأخذ منه كاملاً مما لا شركة بينه وبينه فيه ، وبالجبر ما يأخذه بالشراء الاختياري ، وبالشراء ما يأخذه بالاستحقاق .

واعتُرض عليه بأن هذا الحد غير مانع لدخول ما يأخذه الشريك من شريكه من الحصص جبراً شراء في العروض وغيرها إذا كانت لا تنقسم ودعا أحدهما صاحبه إلى البيع ، فإنه يعرض المشترك بينهما للبيع ، فإذا وقف على ثمن فمن شاء منهما أخذه بذلك .

وأجيب : بأنا لا نسلم أنه أخذ الآن حصة شريكه خاصة ، وإنما أخذ المبيع كله بثمنه غير أنه أسقط عنه حصته .

خليل : وأحسن من هذا أن يقال : لا نسلم أنه يأخذه هنا جبرا بل باختيار صاحبه ؛ إذ له أن يزيد فوق ما أعْطَى شريكه ، بخلاف الشفيع فإنه يأخذ الحصة بثمن المثل من غير زيادة ولا خيرة له بوجه .

ولما كانت حقيقة الشفعة ما ذكر استلزم ذلك : مأخوذاً وآخذاً ومأخوذاً منه ومأخوذاً به، فكانت هذه الأربعة هي أركان هذا الباب ، وتكلم المصنف عليها أولاً فأولاً :

---

(١) في ط : مشتراه .

الْمَأْخُوذُ إِنْ كَانَ عَقَاراً مُنْقَسِماً غَيْرَ مُنَاقَلٍ بِهِ وَلا تَابِعٍ أُخِذَ اتِّفَاقا .

يعني : إن كانت في المبيع المشترك هذه الشروط أخذ بالاتفاق .

والعقار : الأرض ، وقد يطلق عليها وعلى ما يتصل بها من بناء وشجر ، واحترز به من الحيوان والعروض ، فلا شفعة في ذلك عندنا ، وحكى الإسفرايني من الشافعية عن مالك الشفعة في ذلك .

عبد الوهاب[١] **وغيره** : وهذا لا يعرفه أصحاب مالك .

عبد الحميد وابن زرقون : ولعله رأى أقوال مالك في الحائط يباع شقص منه وفيه الحيوان والرقيق ، أن فيه الشفعة في جميع ذلك فظن أن الشفعة عند مالك في كل شيء ، ورأى قوله في الثوب المشترك أو غيره من العروض إذا أراد أحدهما البيع ، أن شريكه أحق به بما وقف عليه من الثمن ، فظن أن ذلك شفعة .

المازري[٢]: ورأيت في «مختصر ما ليس في المختصر» ما يستقرأ منه أقوى مما قاله عبد الحميد ؛ وذلك أنه إذا كان حائط بين الشريكين باع أحدهما نصيبه ، وفي الحائط رقيق ودواب ليسوا لعمل الحائط ، أن الشفعة في جميع ذلك ، فأوجب الشفعة في الحيوان وإن لم يحتج إليه الحائط .

قوله : **(مُنْقَسِماً)** أي : قابلاً للقسمة ، واستعمل المصنف كما ترى المنقسم في القابل وإن فعل إنما يستعمل في ما حصل لا في القابل .

واحترز بذلك مما لا يقبل القسمة إلا بضرر كالحمام ونحوه ؛ فإن في ذلك خلافاً كما سيأتي .

قوله : **(وَلا تَابِعٍ)** : لا يريد إذا اشترى شقصاً مع سلع فإن هذه الصورة متفق على وجوب الشفعة فيها ، وإنما احترز بذلك من الأنقاض في الأرض المحبَّسة أو المعارة كما سيأتي ، ولا خلاف بين الأمة في وجوب الشفعة من حيث الجملة ، وفي «الموطأ»[٣] مرسلاً: « **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه**».

---

(١) « المعونة » (٢/ ٢٢٨) .

(٢) « المعلم » (٢/ ٢١٥) .

(٣) أخرجه مالك (١٣٩٥) .

مالك : وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا .

وسئل ابن المسيب عن الشفعة هل فيها من سنة ؟ فقال : نعم الشفعة في الدور والأرضين ، ولا تكون الشفعة إلا بين الشركاء ، وقال سليمان بن يسار مثل ذلك .

وهذا دليل على أنه لا شفعة في غير العقار ؛ لأن ضرب الحدود إنما يكون فيها ، وقول ابن المسيب يبين هذا وفيه دليل على أنه لا شفعة لجار ؛ لأن الحدود إذا ضربت يبقى جاراً، وقد نص في الحديث على نفي الشفعة في ذلك .

قال في «الاستذكار»(١) : قال جابر رضي الله عنه : « **إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم ينقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة** »(٢) .

أحمد بن حنبل(٣)رضي الله عنه : وهذا أصح حديث روي فيه ، وقال ابن مَعِين : مرسل مالكٍ أحبُّ إليَّ .

وَالشَّجَرُ وَالْبِنَاءُ وَالْبِئْرُ وَفَحْلُ النَّخْلِ تَبَعٌ لَهُ .

أي : (**تَبَعٌ**) للعقار ؛ يعني أن هذه الأشياء وإن لم تكن من جنس الأرض ، ولكنها لشدة اتصالها بها كالجزء منها ، وأما (**الْبِئْرُ وَفَحْلُ النَّخْلِ**) فلا يحتاج لهما هنا ؛ لأن البئر جزء من الأرض ، وفحل النخل من الشجر وإنما يختصان بحكم آخر وهو إذا قسمت [الأرض وبقى فحل النخل ، أو البئر مشتركاً ، قال في «المدونة»: إذا قسمت الأرض](٤) وبقي الماء ثم [بيع](٥) فلا شفعة فيه ، وفي «العتبية»(٦) : فيه الشفعة .

واختلف هل هو اختلاف قول ؟ وإليه ذهب الباجي(٧) ، أو وفاق ؟ وإليه ذهب سحنون وابن لبابة .

ثم قال سحنون : معنى «المدونة» أنها بئر واحدة ، ومعنى « العتبية» أنها آبار كثيرة .

---

(١) « الاستذكار » (٧/ ٦٦) .

(٢) أخرجه البخارى (٢٠٩٩) ومسلم (١٦٠٨) .

(٣) انظر « الاستذكار » (٧/ ٦٦) .

(٤) سقط من ط .

(٥) في ط : يبيع .

(٦) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٨٨) .

(٧) « المنتقى » (٦/ ٢٠٠) .

وقال ابن لبابة : معنى «المدونة» أنهـا بئر لا فناء لها ، ومعنى «العتبيـة» أنها بئر لها فناء وأرض مشتركة يكون فيها القِلْد .

وعلى الخلاف فرأى الباجي أن الخلاف مبني على الخلاف في الشفعة في ما لا ينقسم .

قال في «البيان»[١] و«المقدمات»[٢] : وكان من أدركنا من الشيـوخ يحملون ذلك على الخلاف ، ويرون الاختلاف في ذلك جار على اختلاف قـول مالك فيما هو متعلق بالأرض ومتصل بها كالنقص والنخل ، وهذا بين ، والله أعلم .

وَفِي تَبَعِيَّةِ حَجَرِ الرَّحَاءِ : قَوْلانِ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : كَحَجَرٍ مُلْقًى ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَمْ يُصِبْ مَنْ قَالَ : لا شُفْعَةَ فيه ....

أي : (**وَفِي تَبَعِيَّةِ حَجَرِ الرَّحَاءِ**) للأرض ، والقولان لمالك ، ورواية ابن القاسم عنه في «المدونة» وهي التي قال بهـا ابن القاسم ، وبقـول أشهب قال عـبد الملك وابن وهب وابن [المواز و][٣] سحنون .

(**وَقَالَ أَشْهَبُ : لَمْ يُصِبْ مَنْ قَـالَ : لا شُفْعَةَ فِـيهِ**) وهي عندنـا في البنيـان أثبت من الأبواب التي إذا شاء قلعها بغـير هدم والشفعة تكون في حَديدِ الحـائط ورقيقِهِ ، فكيف لا تكون في الرحى .

قال في «الموازية» : وإن باع أحدهما مصابته فلشـريكه الشفعة ، وإن شاء فسخ بيعه إلا أن يدعوه البائع إلى المقاسمة فلا يفسخ حتـى يقاسمه ، فإن صار موضع الرحى للبائع جاز بيعه ، وإن صار لشريكه انتـقض بيعه أما لو نصبوا الرحى في غير أرضهم فلا شـفعة فيها اتفاقاً .

ابن راشد : وكذلك لا خلاف في الرحى إذا لم تكن مبنية أنه لا شفعة فيها ، وعلى ما في «المـدونة»[٤] ففيها : إذا بيعت معها الأرض أو البناء الذي نصـبت فيه ففيها الشفعة دون الرحى بحصة ذلك ، وسواء في ذلك رحى الماء والدواب .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٨٩) .
(٢) « المقدمات » (٣/ ٦٥) .
(٣) سقط من ط .
(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٣٦) .

وأشار البـاجي[١] إلى أن الآلة كالرحى على القولين ، واختلف الشـيوخ في كلامه في «المدونة» فحمله التونسي وغيره : أنه لا شفعة في العليا والسفلى .

عـياض : وهو ظاهر كلامه ، وهو تأويل أكثر الشيوخ ، ويحتج لهـذا الفهم بتشبيهها بالحجر الملقى ، ورأى ابن وهب ذلك صريحاً .

وقال بعض القرويين : إنما نفى في «المدونة» الشفعة في العليا وأما السفلى ففيها الشفعة وهي من البناء كقدور الحمام .

ابن رشد[٢] في أكرية الدور : وهي تفرقة لا معنى لها ؛ إذ لا ينتفع بأحد الحجرين دون الآخر .

عياض : وأما الدار إذا بيعت وفيها مطاحن فاتفقوا أنها إن كانت غير مبنية أنها للبائع ، وإن كانت مبـنية فالسفلى للمـشتري ، واختلف في العليـا ، وهذا يرد من جعلها كـحجر ملقى .

قال بعض الشيوخ : والخلاف مبني على الخلاف في الشفعة في ما لا ينقسم إلا بفساده كالحمام والأندر .

وقد اختلف قول ابن القاسم في «المدونة» في هذا ، وعلى هذا يخـتلف فيها وإن بيعت بأرضِها ومناصبها لأنها لا تنقسم كما روي عنه في «العتبية» في مناصب الرّحى .

وهذا خلاف «المدونة» فإنه نص فيـها على وجوب الشفعة في بيتهـا وأرضها ، وكذلك قالوا: إنه يختلف في ما إذا بيع حجرها وهو مبني .

وقال صاحب «المـقدمات»[٣] : إنما الخلاف إذا بيعت الرّحى مع غـيرها وأمَّا إذا بِيعَت منفردة عن الأرض فلا شفعة فيها باتفاق .

وخرج اللخمي وغيـره على القول بنفي الشفعة في الرّحى قولاً بنفي الشـفعة في رقيق الحائط ونحوه .

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٢٠١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٦/ ٣٠) .

(٣) « المقدمات » (٣/ ٦٥) .

وَالثَّمَرُ تَبَعٌ لِلشَّجَرِ مَا لَمْ يَسْتَغْنِ بِخِلَافِ الزَّرْعِ .

يعني : أن من اشترى نخلاً ثم قام الشفيع فإنه يأخذ النخل بثمرها وتكون الثمرة تابعة ، ولم يفرق المصنف بين أن تكون الثمرة فيها حالة الشراء أو حدثت عنده .

وفرض ابن عبد السلام المسألة على ما إذا لم تكن فيها في وقت الشراء ثمرة وليس بظاهر فإن هذه المسألة إما أن لا يكون فيها ثمرة أو ثمرة مأبورة أو مزهية ، فإن لم تكن فيها ثمرة وقام الشفيع قبل الإبان فللشفيع الثمرة مع الأصل .

الباجي(١) : باتِّفاق .

وإن قام بعد الإبان فله أخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم ، وقال أشهب : إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبَّرها المبتاع فإنما يأخذ الشفيع الأصل فقط ؛ لأن الثمرة تبع ومأبور الثمرة للبائع .

وأما إن كانت الثمرة يوم الشراء مأبورة أو مزهية فمذهب ابن القاسم أن فيها الشفعة ما لم تيبس أو تجذ .

قيل : وليس في «الأمهات» ما لم تيبس .

وقال فيها : فيما إذا بيعت الثمرة مفردة أن فيها الشفعة ما لم تيبس ، وتأول بعضهم أن مذهبه فيها الفرق بين أن تباع مع الأصل ففيها الشفعة ما لم تجذ ، وبين أن تباع مفردة ففيها الشفعة ما لم تيبس ، والفرق قوة الشفعة في الأول ؛ لأنها ثابتة بالإجماع ، وقال مرة : هو اختلاف من قوله في الوجهين .

وتأولها بعضهم على أن فيها ثلاثة أقوال : ما لم تجذ ، وما لم تيبس ، والفرق .

والذي تأوله عبد الحق(٢) وغيره أن مذهب «المدونة» ما لم تيبس مطلقاً .

وعن مالك يأخذها الشفيع إذا كانت غير مأبورة يوم الشراء ، وإن جذت أو يبست .

وقال أشهب : إذا كانت مزهية فللشفيع أخذ الأصول دون الثمرة وهو مبني على أن الثمرة لا شفعة فيها .

الباجي(٣) : واختلف المذهب في ما إذا بيعت مزهية هل تفوت الثمرة أم لا ؟ وترد

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٢٠١) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ٢١٧) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٢٠٢) .

المكيلة أو الثمرة أو القيـمة على قولين وعلى الفوات ، فقال مـالك مرة : تفوت بالجذاذ أو اليبس ، وقال مرة : لا تفـوت إلا بأن تجذ ولا يعرف كيلها أو تجذ قبل طيـبها ، وإذا فات فالمشـهور أنه يحط عن الشـفيع ، واتفق أنه لا يوضع لها شـيء إذا لم تؤبر حصة الثـمرة المزهية والمأبورة ، وقال ابن الماجشون : لا يحط عنه من الثمرة شيء ، وفيه نظر .

قوله : (بِخِلاف الزَّرْعِ) أي : فلا يكون تبعاً للأرض ، وهذا هو المشهور أنه لا شفعة فيه سواء بيع منفرداً أو مع الأصل .

فرع :

قال البـاجي[١] : وإن اشترى أرضاً مزروعة بزرعهـا وجاء الشفيع قبل أن ينبت أخذها بزرعهـا ، فإن نبت أخذ الأرض دون الزرع ، فإن أخـذ الشفيع الأرض بزرعـها ؛ لأنه لم ينبت فليأخذها بالثمن وبقيمة الزرع على الرجاء والخوف .

وقال في «المدونـة» : ولو قال قائل : يأخـذها بالثمن ولمـا أنفق لم أُعبه ، وهـو أقيس واستحسن الأول ، وقال محمد : يأخذها بالثمن وبقيمة ما أنفق من البذر والعلاج .

وقال ابن القـاسم : يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفـقة ، كمن اشتـرى نخلاً لم يؤبَّر فأخذه الشفيع بعد الإبار .

وأما من اشترى أرضاً فزرعها فجـاء الشفيع قبل أن ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لا شفعةَ في الزَّرع جملة وعلى مذهب أشهب الشفعة في الأرض والزرع .

ويحتمل قول ابن القاسم وجهين :

أحـدهـمـا: أنه يأخذ بالشـفعة في الأرض ، وإن لم ينبت الزرع على قـول من أجرى الشفعة مجرى الاستحقاق .

والثاني : ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت على قول من أجراها مجرى البيع فإذا جاء الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم .

وقال في «الموازية »: له الشفعة إذا قام والزرع أخضر في الأرض والزرع جميعاً بل ليس له إلا ذلك .

وقال أيضاً في موضع آخر: له الشفعة في الأرض دون الزرع وأنكر سحنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم .

(١) « المنتقى » (٦/ ٢٠٢) .

وفي «المقدمات»(١) : إذا طرأ الشفيع على الرجل في أرضه المبذورة قبل أن يطلع البذر مثل أن تكون الأرض بين الشريكين يبيع أحدهما نصيبه منها فيريد الشريك الأخذ بالشفعة وهي مبذورة قبل طلوع البذر فثلاثة أحوال : إمَّا أن يكون البذر للمشتري أو للبائع أو لأجنبي كمكتري الأرض ونحوه ، فإن كان المشتري هو الباذر فيأخذها الشفيع ، ويبقى البذر للمشتري على مذهب من يحمل الشفعة محمل البيع ؛ إذ لا يصح للرجل أن يبيع أرضه وهي مبذورة ، ويستثني بذره .

وقيل : إنه يأخذه مع الأرض بقيمة البذر والعمل ، وقيل : بقيمته على الرجاء والخوف بمنزلة العلاج في الثمرة وإن كان الباذر هو البائع فيأخذها الشفيع مبذورة بجميع الثمن على القول الذي يرى في الزرع الشفعة ، وعلى القول بنفي الشفعة فيه يأخذها بما ينوبها من الثمن بجميع الثمن على القول أن الشفعة كالاستحقاق ، وعلى أنها كالبيع : فلا يأخذها حتى يبدو الزرع ، وإن كان الباذر غيرهما فيأخذ الأرض بالشفعة دون البذر بجميع الثمن من غير إشكال ، قال : وكذلك إن طرأ على الأرض والبذر قد نبت لا يخلو من الثلاثة الأحوال غير أن الوجهين يستوي الحكم فيهما ، وهو أن يكون البذر للمبتاع أو للأجنبي فيأخذ فيها الشفيع الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن على القول الذي لا يبرأ الشفعة في الزرع ، قال : وأما إن طرأ الشفيع بعد أن يبس الزرع فلا شفعة فيه ويأخذ الأرض بجميع الثمن ، انتهى .

ونص في «البيان»(٢) على أن المشهور من المذهب أن الشفعة تجري مجرى البيع لا الاستحقاق .

وَفِي قِيمَةِ سَقْيِهَا وَإِصْلَاحِهَا قَوْلَانِ .

مذهب «المدونة» أنه يرجع بقيمة ما سقى وعالج .

ابن المواز : ولو زاد على قيمة الثمرة .

وقال أشهب : يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف ، ولو قال قائل : له قيمة ما أنفق لم أر به بأساً .

---

(١) « المقدمات » (٣/٧٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/١٠٢) .

قال عبد الملك وسحنون : ليس على الشفيع إلا الثمن ؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع إلا بما له عين قائمة .

وَفِي الثِّمَارِ ، وَالْكِتَابَةِ ، وَإِجَارَةِ الأَرْضِ لِلزَّرْعِ قَوْلانِ .

يعني : اختلف في ثبوت الشفعة إذا بيعت الثمار مفردة ، والقول بالشفعة لمالك وابن القاسم وأشهب ومعظم الأصحاب .

مالك : وهو شيء استحسنته ولا أعلم أحداً قال به قبلي .

أشهب : لأنها تنقسم بالحدود كالأرض .

والقول بنفي الشفعة فيها لابن الماجشون قال : لا شفعة ولو بيعت مع أصولها .

ولأشهب قول ثالث : إن بيعت مع الأصول ففيها الشفعة لا إن بيعت مفردة ، واختلف إذا بيعت مفردة فلمالك في «المجموعة» أن الشفعة فيها ما لم تزايد الأصل ، ولابن القاسم في «المدونة» [1]: ما لم تيبس ، كما تقدم قول ابن القاسم في «العتبية»[2] : والمقاثي كالثمار ، وكذلك الباذنجان والقطن والقرع ، ولا شفعة في البقول .

الباجي[3] : يريد أن كلَّ ما له أصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة .

قال في «البيان»[4]: ويتخرج في البقول الشفعة من القول بوجوبها في الثمرة ما لم تجذ.

فائدة :

لم يقل مالك بالاستحسان إلا في أربع مسائل :

الأولى : هذه .

والثانية : وجوب الشفعة من الأنقاض في الأرض المحبسة ونحوها .

الثالثة : القصاص بالشاهد واليمين .

الرابعة : في كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل .

وقوله : **(وَالْكِتَابَةِ)** ليست هذه المسألة من معنى الشفعة ؛ إذ ليس المراد أن أحد

---

(١) « المدونة » (١٥/ ٥٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٠٣) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٢٠١) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٠٣) .

الشريكين يدخل على الأجر ، وإنما المراد أن السيد إذا باع كتابته هل يكون المكاتب أحق بذلك أم لا .

ابن راشد : والكتابة من ناحية الدَّين ، والدين إذا بيع اختلف هل يكون من عليه هو أحق به أم لا ؟ وظاهر «المدونة» أنه لا يكون أحق به ، وعن مالك أراه حسناً ، وما أرى أن يقضى به ، وقال أشهب : يقضى به .

أشهب : وكذلك الكتابة .

وقيِّد في سماع أشهب كون المكاتب أحق بكتابته بما إذا بيعت كلها ؛ لأنه يعتق ، قال : فأما ما لا يعتق به فلا يكون أحق به ؛ لأنه لا يرجع إلى حرية ، وليس هذا حقيقة الشفعة، ومن هذا المعنى ما في «الموازية» و «العتبية» في من له امرأة ثلثها حر وباقيها رق ، وولدها منه كذلك ، فأراد المولى بيعها فطلب الزوج أخذها ، فذلك له ؛ لأنَّ فيه منفعة الابن فليُباعا عليه ، وذكر ابن حبيب عن مالك في أمة تحت حر له منها أولاد وهي حامل فبيعت مع أولادها ، أنَّ الزوج أحقُّ بهم إن شاء ذلك ما بلغوا وقاله أصبغ ، ومثل هذا في «العتبية» .

ابن رشد(١) : ولو لم يكن له منها ولد لكان المشتري أولى ، والحامل مثل ذات الولد .

وروى عبد الرزاق عن عمر بن عبد العزيز **أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين : وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين أحق به** (٢) ، زاد في طريق آخر : « **وإذا أدى مثل الذي أدى صاحبه** » .

قوله : **(وَإِجَارَةِ الأَرْضِ لِلزَّرْعِ)** لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء والقولان لمالك ، ومذهب ابن القاسم في «المدونة» سقوطها ، وهو قول عبد الملك والمغيرة ، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبغ .

واختلف أيضاً في المساقاة كالكراء والأقرب سقوطها في هذا الفرع ؛ لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وجبت الشفعة فيه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/١٠٣) .

(٢) « أخرجه عبد الرزاق » (١٤٤٣٣) .

وَفِي الْبِنَاءِ الْقَائِمِ فِي أَرْضِ الْحَبْسِ وَالْعَـارِيَةِ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهِ - قَوْلانِ ، وَيُقَـدَّمُ الْمُعِيرُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ النَّقْضِ أَوِ الثَّمَنِ ، فَإِنْ أَبَى فَلِلشَّرِيكِ بِالثَّمَنِ .

يعني : أن البناء إذا كان بين شريكين مشاعاً ولا ملك لهما في العرصة كما كانت محبسة أو معارة فبـاع أحدهما ، فهل للآخر الشـفعة أم لا ؟ قولان : المشهور وجوب الـشفعة ؛ وهي إحدى مسائل الاستحسان كما تقدم .

وقال ابن المواز : لا شفعة في ذلك .

واعلم أنه اخـتلف أولاً ، هل يجـوز هذا البيع وهـو المشهـور أو لا ؟ وهو الذي رواه أشهب ، وقاله سحنون ؛ لأن المعير يقدم عليه ، وله أن يبقيه ويعطي قيمة نقضه ، أو يأمر بقلع بنائه ، فلم يدر المبتاع ما اشترى نقضا أو ذهبا أو ورقا ، وإلى هذا الخلاف أشار بقوله له : على جواز بيعه .

وعلى الجواز فقال المصنف : يقدم المعير إلى آخره ، وهو كقوله في «المدونة» : وإذا بنى رجلان في عـرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهمـا نصيبـه من النقض فلربِّ الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي باعه به ، فإن أبى فلشريكه الشفعة بالضرر ، والضرر أصل الشـفعة ، وقد علمت أن قـول المصنف بالأقل من قيمـة النقض أو الثمن ، وهو مذهب «المدونة» ، وزاد عياض وغيره قولين :

أحدهما: أنه يأخذه بقيمته مقلوعاً فقط .

والثاني: أنه يأخذه بالثمن فقط .

ثم اختلف فقـيل : يأخذه من المبتاع ، وقـيل: من البائع بالأقل من قيمـته أو الثمن ، ويفسخ البيع بينه وبين المبتاع ، فيرجع على البائع بما دفع له .

عياض : وجميع هذه الأقوال متأولة للشيوخ على «المدونة» .

أبو الحسن : وظاهر «المدونة» أنَّه لا يكون على المعير إلا قيمة النقض سواء مضى زمان تعار تلك الأرض في مثله أم لا ، لكن قيدها أبو عمران بما إذا مضى زمان تعار فيه ، وإلا فله قيمة بنائه قائماً .

أبو عمران : وهكذا وقع لسحنون .

أبو الحسن : وهو مشكل ؛ لأنه وإن لم يمض أمد ما يُعار إلى مثله ، فقد سقط حقه في

بقية المدة إذا أراد الخروج فكان مثل ما إذا مضى أمد ما يعار إلى مثله ، وهذا كله في العارية المطلقة ، وأما المقيدة بزمان ولم ينقض ، فقال [ابن راشد][(١)] : إن باع قبل انقضاء أمد العارية على البقاء ، فللشريك الشفعة ، ولا مقال لرب الأرض ولو باعه على النقض قُدِّم رب الأرض كما تقدم .

خليل : وينبغي أن يتفق في الأحكام التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيه ؛ لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً ، فكان ذلك بمنزلة مالك الأرض ، وقاله شيخنا رحمه الله تعالى .

وَفِي غَيْرِ الْمُنْقَسِمِ كَالْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ أَوْ لِضَرَرِ الْقِسْمَةِ....

يعني : وفي الشفعة فيما لا يقبل القسمة إلا بضرر **(قَوْلَانِ)** وهما لمالك .

ابن عبد السلام : وفي «المدونة» ما يدل على كل واحد منهما ، انتهى .

وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرّف وابن الماجشون وأصبغ .

صاحب [«الذخيرة»[(٢)]][(٣)]: وعدم الشفعة هو المشهور .

صاحب «المعين» : وبه القضاء وأفتى فقهاء قرطبة به لما جمعهم القاضي منذر بن سعيد إذ كان به القضاء عندهم ، فرفع الشفيع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن بن محمد وقال : حكم علي بغير قول مالك ، فوقع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك، ويقضي له به ، فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء ، وشاورهم فقالوا : مالك يرى في الحمَّام الشفعة ، فقضى منذر بذلك وحكم له بها .

وقال ابن الحارث : وأخبرني من أثق به أنه جرى العمل عند الشيوخ بقرطبة بإيجاب الشفعة .

وقوله : **(كَالْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ)** : أي من الأبرجة والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك ومنشؤهما ما أشار إليه المصنف وهو أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة ؟ فتجب الشفعة في ذلك حتى لا يضر بالشريك الداخل ، أو إنما ذلك

---

(١) في ط : ابن رشد .

(٢) في ط : الوجيز .

(٣) « الذخيرة » (٧/ ٢٩١) .

لدفع ضرر القسمة ؛ لأن أخذ الشركاء له به طلب الباقين بالقسمة ، فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقون أن يدعوهم المشتـري إلى القسمة ، وقد يكون ذلك مضرا بهم ؛ لأن كل واحد يحتاج إلى استحداث مرافق في نصيبـه غالباً فشرعت الشفعة لرفع هذا الضرر ، وعلى هذا فلا شفعة فيما لا ينقسم ، لعدم حصول هذا الضرر فيه ، والأول أظهر للاتفاق على وجـوب الشفـعة في مـا ينقسم من حـيث الجـملة إلا أنه لا يمكن فيـه القسم لكثـرة الشركاء، وتنازعا في قوله عليه السلام : «**الشفعة فـيما لم ينقسم**»[1] هل المعنى عام فيما يقبل القسـمة وما لم يقبلها ؟ أو هو مـقصور على ما يقبلهـا ؛ لأن نفي الصفة عن الذات يستدعي قبولها ، ولهذا لا يقال : الأعمى لا يبصر ، ومن منع ذلك استدل بقوله تعالى : ﴿ **لا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلا نَوْمٌ** ﴾ [البقرة:٢٥٥] .

وفِي الْمُنَاقَلِ به - وهَو أَنْ يَبيعَ حِـصَّتَهُ بحِـصَّةٍ أَوْ دَار وزِيَادَة - ثَالِثُهَا : إِنْ عُلِمَ الْقَـصْدُ للسُّكنَى فَلا شُفْعَةَ ، ورَابِعُهَا : إِنْ نَاقَلَ بِحِصَّتِه حِصَّةً لِبَعْضِ شُرَكَائِه فَلا شُفْعَةَ ....

لم يختلف في وجوب الشفعة إذا بيع الشِّقص بعين أو عرَض ، واختلف إذا بيع بحصة أخرى أو دارٍ كـاملة لأجنبي أو بعض شـركائه ، فـمذهب ابن القـاسم وروايته عن مـالك وجوب الشفعة في ذلك .

ابن القاسـم في «العتبية»[2] : وهو الشأن .

قـال في «البيـان»[3] : وهو الصحيح ؛ لأنه بيع فكـان كغيره ، والقول بعدم الشـفعة مطلقاً لم أره ، ولعلَّ صاحبه رأى أن المناقلة من باب المعروف .

والقول الثالث : هو الذي كان مالك يقول : إنه إن أراد بالمناقلة السُّكنى ولم يرد البيع لا شفعة في ذلك وقاله ربيعة .

والقـــول الرابع: عده المصنف خلافاً ، وهو أمر يحتـمل ؛ لأن الذي نقله العتبي وتبعه اللخمي وابن رشد[4] وغيرهما أن مطرف وابن الماجشون قالا : إن المناقلة التي قال مالك :

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٩٧) وابن حبان (٥١٨٥) والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٤٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وصححه الألباني -رحمه الله- .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٦) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٦) .

لا شفعة فيها إنما هي إذا باع الرجل شقصه من شريكه بشقص له فيه شرك فيكون كل واحد إنما أراد التوسع في حصته بما صار إليه ، فأنت ترى أنهـما إنما ذكرا ذلك على وجه التقييد لكن يحتمل ألا يكون مالك قصد ذلك فيكـون خلافاً ، ولعل ما نقلاه من قول مالك بنفي الشفعة هو القول الثاني من كلام المصنف .

المتيطي : وبرواية مطرف القضاء ، وكان ابن القـاسم يقول : إنَّ مالكاً رجع عنه وهذا يدل على أن رواية مطرف خلاف في الوجهين .

[وفي «الوجيـز»] (١) : وفي المناقلة الشفـعة سواء كانت بين الشـركاء أو الأجانب ، وقيل: ثابتة بين الأجانب ساقطة بين الشركاء ، وهو المشهور ، والله أعلم .

وَلا شُفْعَةَ فِيمَا عَدَاهُ مِنْ حَيَوَانٍ وعَرُوضٍ ، وَمَمَرٍّ ، وَمَسِيلِ مَاءٍ .

تصوره ظاهر ، وحكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشـفعة في السفن ؛ لأنها تشبه الربع .

ابن عـبد السـلام : وهو لا يصح ، نعم تجب الشفعـة عند أهل المذهب في رقيق الحائط ودوابِّه على أن بعض الشيوخ خرَّج في ذلك خلافاً من الخلاف في حجر الرحى .

ابن عـبـد السـلام : ولا يبعـد أن يخرج في الممر والمسيل الخـلاف في النخلة الواحدة وشبهها .

فرعان :

الأول : لا شفعة لذي علو على سفل ولا بالعكس .

الثاني : اختلف في الجدار المشترك بين الدارين ، ففي «المدونة» : فيه الشفعة .

ابن شبلون : معناه إذا بيع مع شيء من الدار لا أن يباع وحده .

اللخمي : وعلى أصل أشهب لا شفعة ؛ لأنه منع أن يقسم وإن حمل القسم ، وقال : يبقى مرتفقا لهما يحمل كل واحد منهما خشبه عليه .

المتـيطي : وإذا قلنا بالشفعة فيه فإن الشفعة تكـون فيه بحصته من الثمن بعد التقويم ، قاله غـير واحد من الموثقين ، قال : إنْ كـان الحائط لبائع الدارِ والجـار حمل خشبـه عليه فالشفعة له بذلك .

---

(١) سقط من ط .

وحمل غـير ابن شبلون «المدونة» على ظاهرها من وجـوب الشفعـة في الجدار وإن بيع مفرداً وهو الظاهر ، وقال ابن نافع : لا شفعة في الجدار .

وَتَسْقُطُ بِصَرِيحِ اللَّفْظِ ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَالْمُقَاسَمَةِ وَالسُّكُوتِ وَهُوَ يَبْنِي وَيَهْدِمُ وَيَغْرِسُ

(صَـرِيـحِ اللَّفْظِ) كما لو قـال : أسقطت شفعتي أو لا آخذ بهـا ونحو ذلك ، قال في [«المدونة»(١)](٢) : وإن سلم الشفيع بعد البيع فلا مقال له علم الثمن أو جهله .

ابن يونس : إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمناً لقلته فلا يلزمه تسليمه .

قــوله : **(وَمَـا فِي مَـعْنَاهُ)** ظاهر التصـور ، وصرح بعض الشيـوخ بنفي الخلاف من المقاسمة، أعني مقاسمة الشفيع للمشـتري وأما مقاسمة الشفيع لغيره ففي «المدونة»(٣) عـن مالك: من اشترى شقصا من دار وله شفيع غائب فقاسم الشريك ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه ؛ إذ لو باعه المشتري كان للشريك رد بيعه ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

وفي «الموازية» مثل ذلك وإن كانت المقاسمة من السلطان .

أشهب : وإنه ليأخذ بالغالب أن ليس له رد القسم ؛ لأنهم قاسموا من يجوز قسمه .

وقال سحنون : يمضي القسم وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسمة بالشفعة .

ومنع بعض الشيوخ من مقاسمة المشـتري إذا كان الشريك غائباً ؛ لدخول المشتري على أن للغائب حقا في الشفعة فكيف يقاسم ؟ وأشار بعض الشيوخ إلى أن المذهب اختلف في دلالة الهدم والبناء والغرس على إسقاط الشفعة .

فرع :

وإن سلم على صفة ثم تبين خلافها فله الأخذ ، ففي «المدونة»(٤) : وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم ثم ظهر أن الثمن أقل فله الأخذ ويحلف لاحتمال أنه سلم كراهية في الأخذ، وقال أشهب : لا يمين عليه لظهور سبب تسليمها .

وفيها : إذا قال له : وقد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك ثم قال له : قد ابتاع الجميع فله الأخذ .

---

(١) في ط : البيان .

(٢) « المدونة » (١٤/ ٤١٠) .

(٣) « المدونة » (١٤/ ٤١٠) .

(٤) « المدونة » (١٤/ ٤٠٨) .

ابن يونس : لأنه يقول : لم يكن لي غرض في أخذ النصف لبقاء الشركة ، فلما علمت أنه أخذ الكل ، أخذت لارتفاع الشركة .

وقال أشهب وابن المواز : يلزم إسلام جميع النصف، وإنّما له أن يأخذ النصف الآخر .

وفي «المدونة» [(١)]: إن قيل له : قد اشترى فلان فسلم ثم ظهر أنه قد ابتاعه مع آخر فله القيام وأخذ حصتهما ؛ لأنه يقول : إنما رضيت بشركة هذا .

وقال أشهب : يلزمه التسليم للذي أسلم له ، ويأخذ حصة الآخر إن شاء ثم تكون الحصة التي أسلمها أولا بين المشترين ؛ لأنهما اشتركا في اشترائهما دفعة واحدة وإن رضيا بالتمسك بما سلم وإن شاء ألزماه أخذ ما سلم أو يسلم لهما [جميع المشترى][(٢)] .

وَكَذَلِكَ شِرَاؤُهَا ، ومُسَاوَمَتُهَا ، ومُسَاقَاتُهَا ، واسْتِئْجَارُهَا خِلافاً لأَشْهَبَ .

لما ذكر ما يدل على إسقاط الشفعة باتفاق ، أتبعه بما هو مختلف فيه ، وكلامه يدل على أن أشهب يخالف في الجميع ، وكذلك قال ابن شاس[(٣)] .

وقال ابن عبد السلام : لا يتصور الخلاف في الشراء ؛ لأنه إذا اشترى منه فإن شفع بالصفقة الأولى ، فذلك يستلزم فسخ الثانية مع إبطال الصفقة الأولى ، ودليل الرضا بها موجود ، وإن شفع بالصفقة الثانية فقد أبطلها ، ولا فائدة في الانتقال من الشراء الثاني إلى الشفعة بثمنه .

خليل : وانظر لو اشترى الشفيع الحصَّة جاهلاً بحكم الشفعة هل يعذر بذلك أم لا ؟ ومذهب «المدونة» أن شفعته تسقط بالكراء والمساقاة والمساومة ؛ لأنه ملك أخذه بغير كراء ولا مُساومة ولا مساقاة .

وحكى ابن المواز عن أشهب ما حكاه المصنف عنه وهو ظاهر في المساومة ؛ لأن من حجة الشفيع أن يقول : إنما ساومته رجاء أن يبيعني بأقل وإلا فلي أن أرجع إلى الشفعة .

وإلى هذا أشار اللخمي ، قال : ويحلف ثم يأخذ بالشفعة .

وقيد اللخمي هذا الخلاف بما إذا كان الكراء والمساقاة ينقضي أمدهما قبل السنة من يوم

---

(١) « المدونة » (١٤/٤٠٨) .

(٢) في ط : جميعاً الشراء .

(٣) « الجواهر » (٢/٧٧٥) .

العقـد ، وأما إن كان لا ينقضـي إلا بعدها فلا شفـعة بالاتفاق وهذا إذا انعـقد الكراء مع الشفيع ، فإن انعقد بين المشتري وغيـر الشفيع ، فاختلف الأندلسيون هل للشفيع أن ينقض العقد أو لا ؟ وهو الذي تدل عليه «المدونة» عندهم ، أو يفرق بين الأجل القريب والبعيد، وعلى تقدير ألا ينقضي فالكراء للمشتري ، ويؤخذ من إسقاطه في «المدونة» الشفعة بالكراء أن الشفيع إذا قاسم المبـتاع الأرض للحرث أنه تسقط الشفعة ؛ لأن كل واحد أكـرى نصيبه من صاحـبه ، وقاله ابن عبـد الغفور ولو قاسـمه الغلة ، فقال ابن القـاسم : لا تسقط ، وقال أشهب : تسقط كما لو قاسمه بالخرص فيما يخرص للحاجة .

وأما إن جذت الثمرة فاقتسماها بالكيل فلا يقطع ذلك شفعته .

وَفِي بَيْعِ الْحِصَّةِ الْمُسْتَشْفَعِ بِهَا قَوْلَانِ .

يعـني : إذا وجبت الشفعة للشفيع فهل من شرط ذلك بقاء حصته بيده حين الأخذ وهو مراده بقوله : (**الْمُسْتَـشْفَعِ بِهَا**) أو لا وله الأخذ وإن باع حصته (**قَـوْلَانِ**) وهما لمالك ، واختار أشهب وغير واحد القول بسقوط الشفعة ؛ لأنها إنما وجبت للضرر .

ابن عبد السلام : وظاهر قول ابن القاسم التفرقة بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة له وبين أن يبيعه عالما فلا شفعة له .

وفي «البـيان»(١): ظاهر ما في «المدونة» أنه لا شفعة له إذا باع نصـيبه ، وإن باع غير عالم؛ لأنه قال في من باع شقصاً بخيَار ثم باع صاحـبه بتلا أنَّ الشفعة لمشتري الخيار على مشتـري البتل ، ونسب التفرقـة بين أن يعلم أو لا لابن القاسم في سماع عـيسى ، قال : وعلى الإسقاط فإن باع حين حظه فله الشفعـة بقدر ما بقي من حظه ، ووقع اختلاف قول مالك في هذا في كتاب ابن عبدوس .

وقال أشهب : أحب إلى أن لا شفـعة له بعد بيع نصيبه أو بعـضه ؛ لأنه إنما باع راغباً في البيع ، وإنما الشفعة للضرر ، فلم يكن له شفـعة فهو قول رابع ، ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن تبقى له بقية أخرى .

قال في «البيان»(٢) : وقوله : إلا أن تبقى له بقية أخرى ، يحتمل : فله الشفعة بقدرها

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٧٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٧٢) .

ما بقي كأحد قولي مالك وظاهر ما في «المدونة» ، ويحتمل أن يريد : إلا أن تبقى له بقية أخرى فله أخذ الجميع ، فيكون قولا خامسا .

قال : وأظهر هذه الأقوال كلها الفرق بين أن يبيع عالماً ببيع شريكه حظه أو غير عالم .

وقال اللخمي : اختلف بعد القول : إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل تسقط من الشفعة بقدر ما باع ؟ والذي رأى أن يستشفع بالجميع ؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الكثير المبيع .

وَفي تَرْكِ الْقِيَامِ مَعَ عِلْمِه حَاضِراً ثَالِثُهَا : تَسْقُطُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ ، قِيلَ : سَنَةٌ ، وقِيلَ : فَوْقَهَا ، وقِيلَ : فَوْقَ ثَلَاثٍ ، وَقِيلَ : فَوْقَ خَمْسٍ .

أي : إذا ترك القيام مع علمه ولم يأخذ بالشفعة فهل يكون ذلك إسقاط الشفعة أم لا ؟ والقول بالسقوط لابن وهب ، ورأى أن الأخذ بالشفعة على الفور كالردِّ بالعيب ، والقول بأنه لا يسقط حقه مطلقا لمالك .

الأبهري : وهو القياس ؛ لأنه حق ثبت له .

فلا يسقطه سكوته .

والثالث هو المشهور تسقط بعد مضي مدة طويلة ، واختلف في حدِّها ، فروى أشهب: السنة ولا شفعة بعدها ، وهو مذهب «الرسالة» .

المتيطي : وعليه العمل ، وبالغ أشهب في هذا القول : فقال : إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة .

ومذهب «المدونة» أن ما قارب السنة له حكمها .

قال في «الوثائق» : الشهر والشهران ، وبه قال ابن الهندي ، وحكى العبدري ثلاثة أشهر ، وقال ابن سهل : أربعة أشهر .

وقال أصبغ في «الواضحة» : هو على الشفعة ثلاث سنين ونحوها .

وقال مطرف وابن الماجشون في شفيع حاضر قام بشفعته بعد خمس سنين ، وربما قيل له أكثر من ذلك ، فقال : لا أرى هذا طولاً ما لم يحدث المشتري بناء .

ونحوه لعبد الملك في «المبسوط» أن العشر سنين لا تقطع الشفعة وإنما يقطعها ما زاد على ذلك كالحيازة ، وروي عن أبي عمران ثلاثون سنة .

وقال بعضهم : خمس عشرة سنة .

قال في «المقدمات»(١) : وكان ابن الماجشون يقول بإيجاب الشفعة للحاضر إلى أربعين سنة ثم رجع إلى العشرة .

[فرع](٢) : وهل يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة في السنة ؟

نقل [في](٣) «الكافي»(٤) عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف ، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة .

وفي «المدونة»(٥) : ولم ير مالك التسعة أشهر ، وفي رواية: لا السبعة أشهر كثير ولا السنة كثير ، أي قاطعاً لحقِّه في الشفعة ؛ لأنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة، وفي «الموازية» عن مالك : يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين .

ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين : وظاهر «المدونة» أنه لا يحلف في السبعة أشهر ، وحمل ابن رشد(٦) «المدونة» على أنه يحلف في السبعة .

تنبيه :

ما ذكرناه أن للشفيع القيام بالشفعة بعد سنة أو أكثر على الخلاف إنما هو إذا لم يحضر البيع ، وأما إذا حضر وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام ، فروي عن مالك أنه يحلف ما كان ذلك منه تركا للشفعة ويأخذها .

المتيطي : قال غير واحد من الموثقين : ولم يصحب هذه الرواية عمل .

قال في «البيان» (٧): وتحصيلها إن لم يكتب شهادته به ، فإن أقام في القرب كالشهر والشهرين فله الشفعة بلا يمين ، وإن لم يَقُمْ إلا بعد السبعة أو التسعة أو السنة فله الشفعة بيمين على ما في «المدونة» ؛ وإن طال الأمدُ أكثر من السنة فليس له الشفعة ، وإن كتب

---

(١) « المقدمات » (٣/ ٧١) .

(٢) في ط : ابن عبد السلام .

(٣) سقط من ط .

(٤) « الكافي » (٢/ ١٨٥) .

(٥) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٣) .

(٦) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٩) .

(٧) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٩) .

شهادته وقام بالقرب كالعشرة أيام ونحوها فله الشفعة بيمين وإن لم يقم إلا بعد شهرين فلا شفعة .

خليل : وانظر هذا مع قوله في «المدونة»[1] : وإذا علم بالاشتراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته ، وإن كان قد كتب شهادته في الاشتراء ، فإن ظاهره أنه لا فرق في ذلك بين أن يكتب شهادته أم لا ، خلاف ما حصله ابن رشد .

فرعان :

أولهما : لو اختلف المبتاع والشفيع في مرور السنة ، فالشفيع مصدق مع يمينه إذا لم تقم بينة .

الثاني : لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فقال أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب : إنه يصدق وإن طال ؛ لأن الأصل عدم العلم .

المتيطي : وهو ظاهر المذهب وقاله غير واحد من الموثقين ، ويحلف على ذلك .

محمد بن عبد الحكم وابن المواز : يصدق ولو بعد أربعة أعوام .

ابن المواز : فإن الأربعة كثير ولا يصدق في أكثر منها .

فائدة :

في المذهب مسائل حُدَّ فيها بالسنة : هذه ، واللُّقَطَة ، والمعترض لتمضي عليه الأزمنة ، وكذلك المجنون ، والأجذم ، والأبرص ، والمستحاضة عدتها سنة ، وكذلك المرتابة ، والمريضة ، والجُرح لا يحكم فيه إلا بعد السنة لتمضي عليه الفصول الأربعة ، والبنت تقيم عند زوجها سنة ولم يصبها ثم تطلق فإنها لا تجبر بعد ذلك ، واليتيمة تمكث في بيتها سنة فإنها تحمل على الرشد على قول ، وقيل : ثلاث سنين ، وقيل : لا يجوز فعلها أبدا إلا بالبينة على الرشد والذي يوصي بشراء عبد ليعتق وأبى ربه البيع ، فإنه يستأني سنة ، وإذا قام شاهد بالطلاق فأبى أن يحبس سنة ثم يخلى مع امرأته وقيل : تطلق بالنُّكول والحيازة إذا حاز الموهوب الهبة سنة صح الحوز فيها ، وإن رجعت إلى الواهب على المشهور والزكاة والصوم لا يجبان إلا بعد السنة ، والعمرة لا يباح فعلها على المشهور في السنة إلا مرة ، وعهدة السنة والشاهد إذا تاب من فسقه قيل : لابد من مضي ستة أشهر ، وقيل : لا حدَّ

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٤١٠) .

لذلك إلا بحسب ما يعلم عنده .

وَالْغَائِبُ عَلَى شُفْعَتِهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ ، فَإِذَا قَدِمَ فَكَالْحَاضِرِ مِنْ حِينِ قُدُومِهِ .

يعني : أن الغائب على شفعته علم أو لم يعلم إلا أن يصرح بإسقاطها أو ما في معنى ذلك كما لو أمر بالمقاسمة معه ونحو ذلك ، وقيد أشهب هذا إذا لم يكن موضعه قريباً ، قال : وأما إن كان قريباً لا مؤنةَ عليه بالنهوض ، فطال زمانه بعد علمه بوجوب الشفعة ، فهو كالحاضر .

وقال غيره في «المجموعة» : وليس المرأة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم ، وإنما فيه اجتهاد السلطان .

مطرف وابن الماجشون : والمريض والحاضر والصغيرة والبكر كالغائب ، ولهم بعد زوال ذلك العذر ما للحاضر سواء كان المريض أو الغائب عالما بشفعته أو جاهلاً .

وقال **أصبغ** : المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته وأنه ترك التوكيل عجزاً عنه وإلا فلا شيء عليه بعد ذلك .

واختار ابن حبيب قول مطرف وابن الماجشون ، وأخذ الباجي(١) من قول أصبغ في المريض، أن الشفعة إنما تكون للغائب إذا لم يعلم .

وأما إن علم فلا يكون ذلك إلا بالإشهاد كالمريض .

وحكى في «الاستذكار»(٢) عن جماعة من العلماء من أصحابنا وغيرهم أنه ليس على الغائب إشهاد ولا يمين .

وقوله : (**فَإِذَا قَدِمَ فَكَالْحَاضِرِ مِنْ حِينِ قُدُومِهِ**) تصوره ظاهر ، ولو قيد هذا بما إذا لم يتقدم له علم في غيبته ، وأما إن علم فلا يوسع له في الأجل كالحاضر لما بعد .

وَإِنْ عَلِمَ فَغَابَ فَكَالْحَاضِرِ .

هذا فيه إطلاق يقيد بما في «المدونة» ففيها : إن سافر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب الشفعة ، فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أجل تنقطع فيه الشفعة للحاضر بجوازه فلا شفعة له ، وإن كان سفراً يؤوب منه قبل ذلك ، فعاقه أمر

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٢٠٩) .

(٢) « الاستذكار » (٢١/ ٢٧٤) .

يعذر به فهو على شفعته ، ويحلف بالله ما كان تاركا لشفعته أشهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا .

وقوله : بجوازه : كذا وقع في «التهذيب»[١] ، ونقله عبد الحق[٢] وغيره ، ولا يسقط قبل المجاوزة لاحتمال أن يكون من يأخذ له ولو في طريقه .

وقال اللخمي : متى سافر السفر المذكور سقطت شفعته ولو عاد بالقرب .

وَوَلِيُّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِمْ كَالشَّفِيعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَالْغَائِبِ .

يعني وحكم ولي المحجور عليهم من أب أو وصي كالشفيع في الأخذ والإسقاط والسكوت .

المتيطي : ويلزمهما اليمين إذا قاما بعد شهرين من البيع كالأخذ لنفسه .

ابن عبد السلام : وهذا كالمتفق عليه في المذهب ، إلا أن بعض الشيوخ حكى خلافاً في سقوط شفعة الموصى بسكوت الوصي عنها ، فإن لم يكن له أب ولا وصي ، نظر القاضي أو مقدمه فإن كان بموضع لا سلطان فيه ، أو لم يرفع الأمر إلى السلطان فهو كالغائب ، فيكون على شفعته إذا رشد ويمضي لذلك عام ونحوه على ما تقدم .

قال في «المدونة»[٣] : ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصغير لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر .

أبو الحسن : وظاهرها كان الأخذ نظراً أو لا ، وبه قال أبو عمران ، وقال غير واحد من الموثقين : إن ثبت أن إسقاط الشفعة سوء نظر من الأب أو الوصي ، وأن الأخذ بها كان نظراً فهو على شفعته .

وفي «الموَّازية» : إذا علم من الوصي أنه ضيع من الأخذ بالشفعة وأن ذلك كان على غير حسن نظر ، ومضى للبيع خمس سنين فلا شفعة للصغير إذا رشد .

أبو عمران : وإن سلم القاضي شفعة الصغير ، وليس ذلك بنظر ، فإن ذلك لا يقطع شفعته ؛ لأنه إنما يصير كأنه رفع إليه فلم يحكم وليس هو كالأب والوصي يسلمان الشفعة، فإن شفعته تسقط .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٣) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ٢٢٠) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٣) .

المتيطي وابن راشد : وهو خلاف ما قاله مالك في الأب والوصي .

وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالأَخْذِ أَوْ الإِسْقَاطِ بَعْدَ الشِّراءِ لا قَبْلَهُ .

يعني : وللمشتري مطالبة الشفيع بأحد أمرين : إما أن يأخذ بالشفعة ، وإما أن يسقط لما يلحقه من الضرر بترك التصرف فيما اشتراه ، ولهذا لا تكون له المطالبة إلا بعد الشراء وأما قبله فلا لعدم الضرر حينئذ .

وَفِي إِمْهَالِهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ قَوْلانِ .

أي : إذا طلب الشفيع الإمهال لينظر [أو][1] يستشير لما وقفه المشتري فهل يمهل ؟

قال في «الموازية» : ولا يمهل ولو ساعة واحدة [وقاله][2] أشهب في «المجموعة» .

المتيطي وابن راشد : وهو المشهور المعمول به قالا تبعا لصاحب «البيان»[3] .

وظاهر «المدونة» أنه يؤخذ في النقد لا في الارتياء والقول بأنه يؤخر ثلاثة أيام لمالك في «المختصر» .

اللخمي : وهو أحسن إذا كان إيقافه فور الشراء .

قال في «البيان»[4]: وقاسه ابن عبد الحكم على استتابة المرتد ، والأول كقول مالك في الولي أنه لا يؤخر لينظر ، وفي الزوجين المجوسيين يسلم الزوج ، فإنه يعرض الإسلام عليها ولا تؤخر ، وكذلك المملكة يوقفها فإنها لا تؤخر ، إما أن تقضي أو ترد .

ولا يؤخذ المشهور من كلام المصنف ؛ لأن قوله : (**وَفِي إِمْهَالِهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ**) لا يؤخذ منه أن القول الآخر لا يمهل البتة لاحتمال أن يمهل يوما أو يومين .

ابن المواز : وهذا كله إذا أوقفه الحاكم وأما إذا أوقفه غير السلطان فهو على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك ، وإن أخذ بالشفعة وسأل التأخير في دفع الثمن ، فإنه يؤجل ثلاثة أيام قاله في «المدونة»[5] وبه العمل والقضاء .

---

(١) في ط : و .

(٢) في ط : وقال .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/٦٦) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٢/٦٦) .

(٥) « المدونة » (١٤/٤١١) .

وقال عبد الملك في «الثمانية» : يؤخر عشرة أيام ونحوها مما يقرب ولا يكون على المشتري فيه ضرر .

وقال أصبغ : يؤجل على قدر المال في القلة والكثرة ، وحاله في اليسر والعسر فيؤجل خمسة عشر يوما ، وأقصى ذلك الشهر إذا رآه الحاكم ، ولا أدري ما وراء ذلك .

فرع :

وإذا كان المشتري غائباً وطلب الشفيع التأخير حتى ينظر ، فقال مالك : ليس ذلك له وإن كانت الغيبة قريبة كالساعة أخر .

وَلَوْ أُسْقِطَ بِعِوَضٍ جَازَ .

أي : إذا وجبت الشفعة للشفيع فله أن يأخذ على ذلك العوض وهو ظاهر .

وَلَوْ أَسْقَطَ قَبْلَهُ لَمْ يَلْزَمْ وَلَوْ بِعِوَضٍ .

أي : (**وَلَوْ أَسْقَطَ**) الشفيع الشفعة قبل شراء المشتري ، فإن قال له : اشتر ولا شفعة لي عليك ، لم يلزمه ذلك الإسقاط وكان له الأخذ بالشفعة بعد الشراء .

ابن يونس : لأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته .

أشهب وعبد الملك : كمن أذن له ورثته أن يوصي بأكثر من الثلث في صحته ، فإن ذلك لا يلزمهم .

اللخمي : ويجري فيها قول بلزوم ما التزم ممن قال : إن اشتريت عبد فلان فهو حر ، وإن تزوجت فلانة فهي طالق ، وقد قالوا في من قاله لزوجته : إن تزوجت عليك فأمر التي أتزوجها بيدك ، فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج ، أن ذلك لازم لها وهي في الشفعة مثله ؛ لأنه أدخل المشتري في الشراء لمكان الترك ولولا الترك لم يشتر .

قوله : (**وَلَوْ بِعِوَضٍ**) هو للمبالغة ؛ لأنه إذا كان بعوض كان أقوى ، وقد يقال : إذا كان بغير عوض يكون أقوى ؛ لأن المعاوضة على ذلك قبل الشراء لا تجوز وما كان كذلك ففسخ بخلافه إذا كان بغير عوض ، فإنه هبة وهي جائزة بالمجهول .

وعلى هذا فلا يحسن قول المصنف : (**وَلَوْ بِعِوَضٍ**) نعم يحسن عكسه ، وهو أن يقول: ولو كان بغير عوض، ونقل ابن بزيزة في اللزوم قبله قولين على لزوم الوفاء بالعهد.

خليل : وقد يقال : هما على الخلاف فيما جرى سببه دون شرطه ؛ لأن الشركة سبب والبيع شرط ، والله أعلم .

الآخذُ : الشَّريكُ وَالْمُحبِّسُ إنْ كَانَتْ تَرْجعُ إلَيْهِ وَإلا فَلا ، إلا أنْ يُريدَ الْمُحَبِّسُ أوِ الْمُحبَّسُ عَلَيْهِ إلْحَاقَهَا بِالْحَبْسِ فَقَوْلانِ ....

هذا شروع منه في الكلام على الركن الثاني ، واحترز بالشريك من الجار فلا شفعة له عندنا .

والمحبس إنما ترجع إليه الحصة المحبسة إذا حبسها بمعنى العمرى كما إذا قال : أعمرتك داري فإنها ترجع بعد موت المُعمِر ، وأما لو حبس فلان وعقبه ، أنها لا ترجع على المحبس على المشهور بل ترجع حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع ، وقيل : ترجع ملكاً له .

فعلى هذا القول الشاذ : للمحبس الشفعة ، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر ؛ لأنه إن أراد المعمر فإطلاق المحبِّس مجازاً لا قرينة تدل على إرادته إلا أن يقول : القرينة ما ذكره في كتاب الحبس .

وإن أراد المحبس في الصورة المذكورة فيكون كلامه على خلاف المشهور .

(وَإلا فَلا) أي : وإن لم يكن المحبس يرجع إليه فلا شفعة له باتفاق .

قوله : (إلا أن يريد المحبس أو المحبس عليه) إلحاق الحصة المبيعة بالحبس **(فَقَوْلانِ)** ومذهب «المدونة» أن الشفعة للمحبس دون المحبس عليهم .

اللخمي : لأنهم لا أصل لهم بخلاف المحبس .

وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ : للمحبس عليهم الأخذ بالشفعة إذا أرادوا إلحاق الحصة بالحبس ، قال بعضهم : فعلى هذا لو أراد أجنبي أن يأخذ بالشفعة للمحبس كان له ذلك .

وحكى اللخمي ثالثا أنه لا شفعة للمحبس وإن أراد الإلحاق واستحسنه ؛ لأن المحبس أزال الملك ، فكان كالأجنبي ، وعلى هذا فلا شفعة للمحبس عليهم من باب أولى .

واختلف في صاحب المواريث هل يأخذ الشفعة لبيت المال ؟

فقال بعضهم : له الأخذ ، ومنع ذلك ابن زرب ، ورأى الأول خطأ ، ورجح بمنعه في

«المدونة» أنْ يكون للمحبس عليهم الشفعة ، وليس لناظر وقف المسجد أنْ يأذنَ بالشُّفعة ، واعترض كلام المصنف ابن زرب بما نص عليه سحنون في المرتد [يقتل[١]] ، وقد وجبت له شفعة إذ للسلطان أن يأخذها لبيت المال أو يترك .

وأجاب ابن رشد[٢] في «أجوبته» بأنه إنما كان ذلك للسلطان لعموم نظره بخلاف صاحب المواريث إلا أن يجعل ذلك بيده فيكون كالسلطان .

فرع : وهل يجوز لأحد الشريكين أن يحبس حصته بغير رضا شريكه ؟

اللخمي : إن كانت تحمل القسمة جاز ؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك فإن كره البقاء على الشركة قَاسَم ، وإن كانت لا تنقسم كان له رد الحبس للضرر الذي يدخل عليه؛ لأنه لا يقدر على بيع جميعها ، وإذا فسد منها شيء لم يجد من يُصلح معه .

وحكى ابن سهل في تحبيس أحدهما نصيبه لا ينقسم قولين .

ولِلنَّاظِرِ أَخْذُ شِقْصٍ بَاعَهُ لِطِفْلٍ آخَرَ أَوْ لِنَفْسِه .

عياض وغيره : **الشِّقْص** بكسر الشين المعجمة : النصيب ، يعني للموصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر **(أَوْ لِنَفْسِه)** إن كان شريكاً لكن يدخل معه نظر القاضي إذا أخذه لنفسه ؛ إذ يتهم أن يبيع منفرداً كما لو بيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة ، وكذلك إذا باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلابد من نظر القاضي .

وقد تقدم في غير موضع بيع عقار اليتيم فلابد من مراعاة ذلك هنا ولابد أيضاً أن يكون الشقص المبتاع لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفردا ما لو بيع الجميع ، وأما لو كان – وهو الغالب – إذا بيع جميع ذلك أوجر لنصيب اليتيم فيباع الجميع .

ويَمْلكُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ بِالإِشْهَادِ أَوْ بِالْقَضَاءِ .

أي : **(ويَمْلكُ)** الشفيع بأحد ثلاثة أوجه : إما بتسليم الثمن للمشتري وإن كان لم يرضَ أو بمجرد إشهاده بالأخذ أو بالحكم له بذلك ، وهكذا في «الجواهر»[٣] .

(١) سقط من ط .

(٢) « الفتاوى » (٣/ ١٣٢٤) .

(٣) « الجواهر » (٢/ ٨٦٥) .

قال في «البيان»[١] : وإذا وقف الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أولها : أن يقول : أخذت ، ويقول المشتري : سلمت ويؤجله الأيام في دفع الثمن ، فإن لم يأت فليس لأحدهما الرجوع ، وباع للمشتري من مال الشفيع حتى يفي .

ثانيها : أن يقول : أخذت ، وسكت المشتري ، ويؤجله في الثمن ، فلا يأتي به ، فهذا إن طلب المشتري أن يباع له في الثمن فله ذلك ، وإن أحب أخذ شقصه فله ذلك ولا خيار للشفيع على المشتري ، وهذا الوجه في «المدونة» .

وثالثها : أن يقول : إنا أخذنا أخذا ، ولا يقول : أنا أخذت ، ويؤجله المشتري الأيام في الثمن ، فاختلف فيه إذا لم يأت بالثمن ، فقيل : يرجع الشقص إلى المشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع ، وقيل : إن أراد المشتري أن يلزم للشفيع الأخذ كان ذلك له وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص لم يكن له ذلك ، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى ، وقول أشهب ، والأول أبين .

وَتَلْزَمُ إِنْ عُلِمَ الثَّمَنُ وَإِلا فَلا .

(وَتَلْزَمُ) الشفعة الأخذ إن علم الثمن ، وهذا كقوله في «المدونة»[٢] : فإن قال الشفيع بعد الشراء : اشهدوا أني أخذت بشفعتي ثم رجع ، فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه ، وإن لم يعلم به فله أن يرجع .

وقال أشهب : إن لم يعلم إلا بعد أخذه ، ورضي لم يجز وفسخ ثم تكون له الشفعة بعد الفسخ .

وقال المازري : إن أخذ قبل علمه بالثمن ثم علم فقال : ظننت أقل ، فإن كان أراد أن يرد فله ذلك اتفاقاً وإن أراد أن يتمسك به فالمشهور أن له ذلك ، وقال ابن المواز : ليس له ذلك ، وأخذ اللخمي مما في «المدونة» : أنه يجوز الأخذ بالشفعة قبل معرفة الثمن ، خلاف ما قاله صاحب «النكت»[٣] : إذا ابتاع شقصاً وعرضاً في صفقة واحدة لا يجوز أن يأخذ الشِّقص بالحصة إلا بعد المعرفة بما يخصه من الثمن لئلا يكون ابتداءَ شراءٍ بثمن مجهول وأخذ اللخمي ظاهر .

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٨٥) .

(٢) « المدونة » (٥/ ٤٧٢) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/ ٢٢٢) .

وَهِيَ عَلَى أَنْصِبَائِهِمْ - وَخُرِّجَ : عَلَى عَدَدِهِمْ مِنَ الْمُعْتَقِينَ وحِصَصُهُمْ مُتَفَاوِتَةٌ .

كما لو كانت دار بين ثلاثة : لأحدهم : نصفها ، ولآخر: ثلثها ، ولآخر : سدسها ، وباع صاحب النصف ، وقام الشريكان بالشفعة فإنه يكون لصاحب الثلث : الثلث ولصاحب السدس : السدس وهذا هو المشهور .

وحكى ابن الجهم عن بعض [أصحاب مالك](١) أنها على الرؤوس .

وخرجه اللخمي من القول الشاذِّ من مسألة العتق ، وخرَّجه غيره على أحد القولين في أجرة القاسم ، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة في النفقات ، قيل : وهذا هو الظاهر ؛ لأن الشفعة معللة بأصل الملك ، إذ لو انفرد أقلهم نصيباً لكانَ له أخذ الجميع ، ولهذا قال اللخمي : لو كانت الشفعة في ما لا ينقسم على القول بذلك لكانت على الرؤوس ؛ لأنها هنا إنما تلحق من مضرة دعوى المشتري إلى البيع وذلك مما يستوي فيه قليل النصيب وكثيره.

خليل : وقد يقال : في التخريج نظر ؛ إذ لا شك أن العلة في الشفعة الضرر ومتى كثر النصيب كثر الضرر ، ومتى قل قلَّ بخلاف العتق فإن من قال بالتقويم فيه على الرؤوس يعلل بأنه حق الباري تعالى ولا تفاوت فيه ، والله أعلم .

وإِذَا اتَّحَدَتِ الصَّفْقَةُ وَأَسْقَطَ بَعْضُهُمْ أَوْ غَابَ فَلَيْسَ لَهُ إِلا أَخْذُ الْجَمِيعِ .

يعني : إذا انعقد البيع على صفقةٍ واحدة في حصة واحدة من دار أو دور ، وللحصة شفعاء ، وأسقط أحدهم حقه من الشفعة أو غاب ، فليس للباقي إلا أن يأخذ الجميع أو يدع لما يدخل على المشتري بالتشقيص .

وفي «المدونة»(٢) : إذا كان للشقص شفع وغابوا إلا واحداً حاضراً فأراد أخذ الجميع ومنعه المشتري أخذ نصيب الغياب ، أو قال له المبتاع : خذ الجميع ، وقال الشفيع : لا آخذ إلا حقي ، فإنما للشفيع أن يأخذ الجميع أو يترك .

وكذلك إذا قال : أنا آخذ حصتي ، فإذا قدم أصحابي ، فإن أخذوا وإلا أخذتُ الباقي، لم يكن له ذلك إلا أن يأخذ الجميع أو يدع ، فإن سلم له فلا آخذ له مع أصحابه

---

(١) في ط : الأصحاب .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٥) .

إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا فـإن سلموا إلا واحدا قيل له : خذ الجميع وإلا دع ، ولو أخذ الحاضر الجميع وقدموا ؛ فلهم أن يأخذوا حصصهم منه ، وإن أخذ بعضهم وأبى البعض لم يكن لأحـد أن يأخذ بقدر حصـته فقط فيساوي الأخذ قبله فيـما أخذ أو يدع.

وحاصله أن الـقول قول من ادعى إلى عـدم التشـقيص من المشـتري أو الشـفيع إلا أن يصطلحا على أمرٍ فيجوز .

وقـوله في «المدونة»[1] : فإذا سلم فلا أخذ له مع أصحـابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع وهو المشهور .

وقال أصبـغ وابن حبيب : إذا كان تسليم أحـد الشفعاء للمـشتري على وجه الـهبة أو الصدقة عليه فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهـمه وللمبتاع سهم من سلم ، وإن كان على ترك الشفعة وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جـميعها ، وفي «مختصر الوقار» : ليسَ له إن لم يجز إلا مصابته خاصة .

اللخمي : وهو أقيس الأقوال ؛ لأن الفاضل عن حصته لم يكن له وإنما كان لغيره .

وجعل في «البيان»[2]هذا الخلاف في ما إذا قال الشفيعُ التارك للمشتري : فقد أسلمت شفعتي لك ، وأما لو أسـلم أحد الشفعاء الشفعة بعد وجـوبها ولم يقل لك فلا خلاف أنَّ لمن بقي من الشفعاء أن يأخذ الجميع .

وقوله في «المدونة»[3]: إذا أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم إن بلغوا معه أن يدخلوا .

قال صاحب «النكت»[4]: يجب على أصل ابن القاسم أن تكون عهدتهم على المبتاع أو المأخوذ منه بالشفعة لا على صاحبـهم ولو كان كذلك لكان يؤخذ من يديه الجميع وهم إنما يأخذون حصتهم ، وتبقى له حصتـه ، وليس كما قال أشهب : إنهم يجعلون عهدتهم إن شاؤوا على صاحبهم الذي أخذ الجميع لغيبتهم ، وإن شاؤوا جعلوها على المبتاع .

وقال صاحب «المقدمات»[5] : قول أشهب تفسير لقول ابن القاسم قبل .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٥) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٥٣) .
(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٥) .
(٤) « النكت والفروق » (٢/ ٢٢٣) .
(٥) « المقدمات » (٣/ ٦٨) .

وقيل : إن قول أشهب خلاف لمذهب ابن القاسم ، وأنه لا يكتب عهدته على مذهب ابن القاسم إلا على المشتري ، وليس ذلك بصحيح ، والصواب أن قول أشهب مفسر لقول ابن القاسم .

وَلَوْ تَعَدَّدَ الْبَائِعُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ فِي أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَالشَّفِيعُ وَاحِدٌ فَكَذَلِكَ ....

يـريـد : والمشتري واحـد كأن يكون لثلاثة شرك مع رابع هذا يشـاركه في دار وهذا في بستـان [وهذا في خان][1] فباع الثلاثة أنصباءهم صفـقة واحدة من رجل فقام الشريك ، وأراد أن يشفع في الدار بمفردها فليس له ذلك إذا امتنع المشتري وليس له إلا أخذ الجميع أو تركه؛ لأنه تبعض على المشتري صفقته .

وإلى هذا أشار بقوله : (**فَكَذَلِكَ**) وهذا مذهب ابن القاسم المعروف .

وفي «الاستذكار»[2] عن أشهب : له أن يأخذ ممن شاء .

وَإِنْ تَعَدَّدَتْ هِيَ وَالْمُشْتَرُونَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ مِنْ أَحَدِهِمْ ، ثُمَّ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ .

ولو (**تَعَدَّدَتْ**) الحصص (**وَالْمُشْتَرُونَ**) واتحدت الصفقة ولم يفارق هذا الفرع الذي قبله إلا بتعدد المشتري هـنا كما لو باع الثلاثة أنصباءهم من رجلين فللشفيع الأخـذ بالشفعة من أحدهما ، قاله ابن القاسم (**ثُمَّ رَجَعَ**) عنه نظراً إلى اتّحاد الصفقة .

وبالأول قال أشهب وسحنون ، وهو اختيار التونسي واللخمي .

ابن راشد : وهو الأصح : لأن المأخوذ من يده لم تتبعض عليه صفقته .

وَالشَّـرِيكُ الأَخَصُّ أَوْلَى عَلَى الْمَـشْـهُورِ فَـإِنْ أَسْـقَطَ فَـالأَعَمُّ كَـالْجِدَّتَيْنِ وَالأُخْـتَيْنِ وَالزَّوْجَتَيْنِ ، ثُمَّ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ ثُمَّ الأَجَانِبُ ...

مثاله : إذا كانت دار بين اثنين ثم مات أحدهما وترك جدتين وأختين وزوجتين ثم باعت إحدى الجدتين ، فإن الجدة الأخرى أولى ؛ لأنها شريكة أخص لاشتراكـها معها وسهمهما واحد ، هذا هو المشهور ، وروي أن الجميع سواء .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « الاستذكار » (٢/ ٢٨٣) .

ابن القصار : وهو القياس .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر ما في «الموازية» وظاهر قول ابن دينار .

والنفس أميل إليه ؛ لأن الموجب للشفعة هو الشركة لا شركة مقيدة .

قوله : **(فَإِنْ أَسْقَطَ)** هو تفريع على المشهور ، أي فيكون لبقية ذوي السهام .

(**ثُمَّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ**) أي : العصبة إذا كان في الفريضة عصبة ، فإن أسقط العصبة فالشفعة للشركاء الأجانب ، وكذلك أيضا لو حصلت شركة بوراثة عن وراثة لكان أهل الوراثة السفلى أولى، نص عليه في «المدونة» في ما إذا ورث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم وترك أولاداً فإنه إذا باع أحد الأولاد ، كانت إخوته أولى ثم الأعمام ثم الشركاء الأجانب .

قال في «المدونة»[1] : ولو باع أحد الأعمام فالشفعة لأخيه ويدخل بنو الأخ لدخولهم مدخل أبيهم ، فنص على أن الأخص يدخل على الأعم وإلى هذا أشار بقوله :

وَيَدْخُلُ الأَخَصُّ عَلَى الأَعَمِّ .

تصوره ظاهر مما ذكرنا ، ونقل ابن العطار عن أصبغ أنه قال : إن باع أحد أو هذا الولد فالشفعة لإخوته وأعمامه ؛ لأنهم ليسوا أهل سهم وإنما هم عصبة ، ولا يكون أهل سهم إلا أهل الفرائض .

قال في «المدونة» [2]: إذا ترك أختا شقيقة وأختين لأب فأخذت الشقيقة النصف والاثنتان السدس تكملة الثلثين فباعت إحدى الأختين للأب ، فالشفعة للشقيقة والتي للأب؛ إذ هما أهل سهم وعن أشهب أن الأخت للأب أولى .

اللخمي : وهو أحسن ؛ قال فيها : وإن ترك ثلاث بنين : ابنان شقيقان وآخر لأب ، وترك داراً فباع أحد الشقيقين ، فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب ، إذ بالبنوة ورثوا .

وَفِي دُخُولِ ذَوِي السِّهَامِ عَلَى الْعَصَبَةِ قَوْلانِ .

هكذا وقع في بعض النسخ وعليها تكلم **ابن عبد السلام** فقال : يعني اختلف على قولين : هل ذوي السهام فيما بينهم وبين العصبة كالأخص مع الأعم فيدخل ذوو السهام

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢١) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢١) .

على العصبة ، ولا يدخل العصبة على ذوي السهام وهو مذهب «المدونة» واختاره ابن عبد الحكم وأصبغ وقال أشهب : إن بقية العصبة أحق كأهل السهام .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب عندي ، ولا يختلف أن العصبة لا يدخلون على ذوي السهام ؛ لأنه إذا لم يدخل ذو سهم على ذي سهم آخر فأحرى العصبة ، ووقع في بعض النسخ : وفي دخول ذوي السهام على العصبة أو العكس ، ثالثها : يدخل ذوو السهام .

وعليها تكلم ابن راشد فقال : الثالث هو المشهور ، والقول بدخول بعضهم على بعض مبني على أن نسبتهم إلى الموروث نسبة واحدة ، والقول بدخول بعضهم على بعض لأشهب وهو أقيس ، انتهى .

وعلى هذا فقول ابن عبد السلام : ولا يختلف إلى آخره ليس بظاهر ، وقد تقدم لنا قول بدخول الأعم على الأخص .

ابن المواز عن أشهب : ولو اشترى ثلاثة داراً أو ورثوها فباع أحدهم ما بقي وسلم الشريكان ثم باع أحد النفر المشتركين مصابته ، فبقية النفر أشفع من شريكي البائع ، ولو باع أحد شريكي البائع لدخل في الشفعة شريكه الذي لم يبع ، وسائر النَّفر الذين اشتروا الثلث الأول فيصير لهم النصف ولشريكهم الذي لم يبع النصف .

قال : وخالفهم ابن القاسم في هذا وقال : لا يكون الذين اشتروا الثلث الأول أشفع فما باع بعضهم من شركاء بايعهم بل هم كبائعهم يقومون مقامه إذا باع أحدهم فالشفعة لمن بقي منهم وسائر شركاء البائع منهم على الحصص بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشترين .

أصبغ : وهذا من الحق إن شاء الله ، وهو الصواب .

والْمُوصَى لَهُمْ مَعَ الْوَرَثَةِ كَالعَصَبَةِ مَعَ ذَوِي السِّهَامِ .

أي : فلا يدخل الموصي لهم على الورثة ، واختلف هل يدخل الورثة معهم ، فروى أشهب فيمن أوصى بثلث حائط أو سهم فباع أحدهم حصته أن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من الورثة .

محمد : وقاله أشهب وابن عبد الحكم ، وقال ابن القاسم : للورثة الدخول معهم كأهل السهام مع العصبة .

وسلم ابن المواز دخول ذوي السهام على العصبة ومنع دخولهم على الموصي لهم ورأى أن الجزء الذي أوصى به الميت كالجزء الذي يجب لذوي السهام بالميراث .

فرعان :

الأول : إذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره لرجل بعينه والثلث يحمله لم يكن للورثة عليه شفعة لئلا يبطل ما قصده الميت من تمليك الموصى له بذلك الجزء ولو كان شريك الميت أجنبيا لوجبت له قيمة الشفعة .

الثاني : لو أوصى بثلثه للمساكين فباع الوصي ثلث الوصية ، فقال سحنون : لا شفعة فيه ؛ لأن بيع الوصي كبيع الميت ، وقال غيره : الشفعة في ذلك للورثة .

اللخمي : وهو القياس .

الباجي(١) : وهو الأظهر ، وقد بلغني ذلك عن ابن المواز .

ابن الهندي : وهو الأصح لدخول الضرر على الورثة .

الْمَأْخُوذُ مِنْهُ : مَن تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللازِمُ اخْتِيَاراً ، وَقِيلَ : بِمُعَاوَضَةٍ ، فَفِي الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ لِغَيْرِ ثَوَابٍ قَوْلانِ ....

احترز بقوله : (**مَن تَجَدَّدَ مِلْكُهُ**) مما إذا اشترى اثنان داراً دفعةً واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه ؛ لأن أحدهما لم يسبق ملكه ملك الآخر ولأنها لو وجبت لأحدهما لوجبت للآخر ، ولو وجبت لهما لزم ألا تجب لهما وكل ما أدى ثبوته إلى نفيه فهو منتف .

وباللازم من بيع الخيار فإنه لا شفعة فيه قبل لزومه كما سيأتي .

وبالاختيار من الميراث فإنه وإن تجدد ملك الوارث للحصة لكن لا بطريق الاختيار بل بطريق اللزوم فلا شفعة عليه ، هذا هو المشهور ، وروي عن مالك أنه يشفع على الوارث لتجدد ملكه .

وهذه الصورة صادقة على الصدقة والهبة لغير ثواب .

(**وَقِيلَ : بِمُعَاوَضَةٍ**) ليخرجها ، وهذا هو مذهب «المدونة» والمشهور .

ابن يونس وغيره : وهو الأصح ، والأول أيضاً لمالك ، وتقديم المصنف للأول ليس كما ينبغي .

وقول المصنف : (**بِمُعَاوَضَةٍ**) أحسن من الشراء ؛ لأنه يدخل فيها هبة الثواب والكراء.

---

(١) « المنتقى » (٦/٢١٣) .

وقوله : (**فَفِي الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ لِغَيْرِ ثَوَابٍ قَوْلَانِ**) هو مأخوذ مما قدَّمه وإنما ذكرهُ زيادة في الإيضاح ، وعلى مذهب «المدونة» : إن أثاب الموهوب له عن هبة لغير ثواب شيئاً فلا شفعة فيها كما إذا رأى أن الهبة لصلة الرحم أو صدقة قاله في «المدونة»[1] ؛ لأن هذا ليس بعوض حقيقة إلا أن يقوم دليل على أنهما عملا عليه ، فلو أراد الشريك أن يحلف الموهوب له أنهما لم يسيرا بيعا لم يحلف إلا أن يكون ممن يتهم بذلك مثل أن يكون محتاجاً وهب لغني فيحلف الموهوب له ، وإن كانت على صغير حلف أبوه ، وقال عبد الملك ومطرف : يحلف مجملا .

المتيطي : والقضاء بالأول .

وَلَا شُفْعَةَ فِي مِيراثٍ وَلَا فِي خِيَارٍ إِلَا بَعْدَ إِمْضَائِهِ .

هذا هو الذي احترز عنه بالقيود أولاً ، ولو عطف بالفاء ليكون كالنتيجة عما قبله لكان أحسن .

وَلَوْ بَاعَ نِصْفَيْنِ لِاثْنَيْنِ خِيَاراً وبَتْلاً ثُمَّ أَمْضَى - فَفِي تَعْيِينِ الشُّفْعَةِ قَوْلَانِ ، بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ مِنَ الْعَقْدِ أَوِ الإِمْضَاءِ ....

أشار بقوله : (**مِنَ الْعَقْدِ أَوِ الإِمْضَاءِ**) إلى الخلاف المشهور هل بيع الخيار منحل أو منبرم؟

فعلى انعقاده الشفعة لمشتري الخيار ؛ لأن مشتري البتل متحدد عليه إذ الفرض أنه باع لمشتري الخيار أولاً .

ولهذا لو قال المصنف : خيارا ثم بتلا كما قال غيره لكان أحسن ، وعلى أنه منحل فالشفعة لمشتري البتل ، والمعروف من المذهب أن بيع الخيار منحل لكن المنقول هنا عن ابن القاسم أن الشفعة لمشتري الخيار .

وعَلَيْه وَعَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِ حِصَّةِ الْمُسْتَشْفِعِ بِهَا إِذَا بَاعَ حِصَّتَهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ بَاعَ شَرِيكُهُ الآخَرُ بَتْلاً ، ثُمَّ أَمْضَى جَاءَتْ أَرْبَعَةٌ : مَاضٍ أَوَّلاً ويَشْفَعُ - فَالشُّفْعَةُ لِبَائِعِ الْبَتْلِ ....

يعني : ويتنزل على هذا الخلاف في بيع الخيار هل هو منحل أو منبرم إذا ضممنا إليه الخلاف المتقدم في بيع الحصة المستشفع بها ، هل تسقط الشفعة أم لا ؟ إذا باع شريكان

(١) « المدونة » (١٤/٤٢٧) .

حصتهما لرجلين باع أحدهما حصته خـياراً ثم باع الآخر حصته بتلاً ثم أمضى الخيار أربعة أقوال ، فـعلى أنَّ بيع الخيار منعـقد من يوم العـقد وأن من باع الشقص لا تسـقط شفعـته فالشفعة لبـائع البتل على مشتري الخيار ؛ لأن بائع البتل يقول : بائع الخـيار باع قبلي فقد وجبت الشفعة لي قبل بيعي حصتي وبيعي لحصتي ليس يُسقط لي حقي في الشفعة .

ومُقَابِلُهُ لِمُشْتَرِي الْبَتْلِ .

أي : وإن قلنا : إنَّ بيع الخيار منحل وإن من باع حصته تسقط شفعته ، فالشفعة لمشتري البتل ؛ لأن مشتري الخيار إنما انبرمَ شراؤه بعد مشـتري البتل ، فكان مشتري الخيار متجدداً على مشتري البتل فكانت له الشفعة عليه ، وعزا ابن يونس هذا القول لأشهب .

ابن عبد السلام : وكلام المصنف صحيح إلا أنَّه زاد في الأصل الذي بنى عليه هذا القول زيادة مستغنى عنها وهي أنه فرض أن بيع الحصة المسـتشفع بها لا يضر في طلب الشفعة ، وهذا لا يحتاج إليه في هذا القول الثاني وإنما يحتاج إلى كون الخيار منحلاً .

[خليل][1] : ولعله إنما ذكر بيع الحصة المستشفع بها يسقط لإسقاط حق بائع البتل .

الثَّالِثُ لِمُشْتَرِي الْخِيَارِ .

أي : أنَّ القولَ الثالث مبني على الاحتمال الثالث ، وقد قدَّمْنَا أنَّ المصنِّف إذا ذكر قسمة رباعية أن يبدأ بإثباتين ثم بنفـيين ثم بإثبات الأول ونفي الثاني ثم بالعكس فيكون الثالث أن بيع الخيار منعقد ، وأن من باع الحصة المستشفع بها تسقط شفعته ، فالشفعة لمشتري الخيار؛ لأنه حصل له الملك يوم الشراء ، فمشـتري البتل متجدد عليه ولا شفعة لبـائع البتل لحصته وهذا القول مذهب «المدونة» ؛ لأن فيها[2] : ومن باع شِقْصا بالخيار وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل فإن لم يبع بالخيار فالشفعة لمبتاعه .

خليل : [وجرى] [3]ابن القاسم على خلاف قاعدته [في هذه المسألة][4] ؛ لأنَّ المشهور في غير مسألة أن بيع الخيار منحلّ .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٢) .

(٣) في ط : وأجرى .

(٤) سقط من ط .

الرَّابعُ لِبَائِعِ الْخِيَارِ .

أي : والقول الرابع مبني على الاحتمال الرابع : وهو [أنا نفرض][1] أن بيع الخيار منحل، وأن بائع الحصة المستشفع بها يشفع فالشفعة لبائع الخيار ؛ لأن مشتري البتل متجدد عليه ذلك الملك مستصحب حتى يمضي البيع فكان له الشفعة على مشتري البتل وليس بيعه شقصه مسقطا لحقه في الشفعة ، وهذا قول ابن المواز وأصبغ .

وتَثْبُتُ فِي الْمَهْرِ والْخُلْعِ وَالصُّلْحِ وجَمِيعِ الْمُعَاوَضَاتِ .

يعني : أن الشفعة تثبت في كل معاوضة سواء كانت المعاوضة بمال أو غيره : كالمهر والخلع والمصالح على خراج العمد والخطأ .

قال في «المدونة»[2] : والشفعة في هذا بقيمة الشقص .

ابن يونس : يريد ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد المعرفة بالقيمة .

خليل : وهذا بخلاف ما أخذه اللخمي أنه يجوز الأخذ قبل معرفة الثمن وقد تقدم ذلك .

وَالْعُهْدَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي .

يعني : وعهدة الشفيع على المشتري وهي ضمان درك الثمن في العيب والاستحقاق وكانت عليه ؛ لأنه الذي أخذ منه الثمن وأخذ الشفيع الشقص منه ، وعن سحنون أن للشَّفيع أن يكتب عهدته على من شاء من بائع أو مبتاع .

وَفِي عُهْدَةِ شُفْعَةِ الإِقَالَةِ قَوْلانِ : يُخَيَّرُ ، وعَلَى الْمُشْتَرِي .

يعني : إذا تقايل المشتري والبائع فإن ذلك لا يسقط الشفعة ، واختلف قول مالك في العهدة ، فمذهب «المدونة» أنه لا خيار للشفيع وإنما عهدته على المشتري ، وبه أخذ محمد وابن حبيب ، وقال مرة : يخير فإن شاء جعله على المشتري أو البائع .

أشهب : وسواء كان المستقيل هو المشتري أو البائع .

وقال مطرف وابن الماجشون : إن رأى أن التقايل بينهما كان لقطع الشفعة ، فالإقالة

---

(١) في ط : أن يفرض .

(٢) « المدونة » (١٤/٤٢٨) .

باطلة وللشفيع الشفعة بعهدة الشراء ، وإن رأى على وجه الصحة والإقالة فهو بيع حادث، وللشفيع الشفعة بأي البيعتين شاء .

واستشكل مـذهب «المدونة »؛ لأن الإقالة إما حل بيع فيلزم منه بطلان الشفـعة ، وإما ابتداء بيع فيخيـر كما لو تعدد البيع من غير البائع ، فلا وجه للحـصر في المشتري وأجيب باختيار الأول ، وإنما تثبت الشـفعة وكانت العهدة على المشتري ؛ لأنهمـا متهمان في قطع شفعة الشفيع .

واستحسن أشهب ما في «المدونة» والقياس عنده قول مالك الآخر وهذا إذا كانت الإقالة بمثل الثمن لا زيادة ولا نقصان ، قال : ولو تقايلا بزيادة أو نقـصان فله الشفعة على أيهما شاء اتفاقا ، قاله عياض .

الباجي[1] : الشركة والتولية كالإقالة .

وأَمَّا لَوْ سَلَّمَ قَبْلَهَا فَعَلَى الْبَائِعِ .

يـعنـي : أمَّا لو سلم الشفيع الشـفعة وترك أخذها قبل الإقالة ثم تقـايلا فإن للشفيع أن يأخذ بعهدة الإقالة من البائع .

ابن المواز : ويصير بيعاً حادثاً .

عياض : ولا خلاف فيه ، وأما لو سلم بعدها فلا شفعة له أصلا .

وَلا يَضْمَنُ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ ، وَلَهُ غَلَّتُهُ وثَمَرَةٌ وَقَد اسْتَغْنَتْ قَبْلَهَا .

يعني : لا يضمن المشتري ما نقص عنده سواء تغير بنقص في ذاته أو صفاته أو سوقه أو بفعل المشتـري ، نص عليه مالك في «المدونة» ، ولو هدم المبتـاع الدار ليبنيها أو ليوسـعها ونحو ذلك ، قال فيها : ويخير الشفيع فإما أخذ بجميع الثمن أو ترك .

فإن قلت : لم لا يضمن المشتري إذا هدم ؟

قـيل : لأنه تصرف في ملكه ، وقيد بعض الشـيوخ ما ذكره في «المدونة» في الهدم ، فقال : إنما يصح إذا لم يعلم المشتري أن معه شـفيعاً ، وأما إن علم ثم هدم فحكمه حكم المتعدي والـغاصب ، وقد قال ابن زرب : في من بنى في حـصة لها شفـيع فقام بشفـعته يأخذ قيمة بنائه منقوضاً ؛ لأنه بنى في غير ماله ، قال غيره : فهو كالمتعدي .

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٢١٤) .

قوله : (وَلَهُ... إلى آخره) أي وللمشتري غلة المبيع ؛ لأن الضمان منه ، وله الثمرة التي قد استـغنت قبل الشفعـة ، وقد تقدم الكلام في الثمـرة تباع مع النخل ، وعطف المصنف الثمرة على الغلة وإن كانت من الغلة ليرتب عليه قوله : (وَقَد اسْتَغْنَتْ) .

فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَةُ مَا بَنَى يَوْمَ الْقِيَامِ ، وَلِلشَّـفِيعِ قِيمَةُ النَّقْضِ ، وَتَصَوُّرُهَا فِي شَفِيعٍ غَائِبٍ قَـاسَمَ الْقَاضِي أَوِ الْوَكِيلَ عَنْهُ ، أَوْ تَارِكٍ لأَمْـرٍ ثُمَّ ظَهَرَ فِيـهِ كَذِبٌ كَالثَّـمَنِ ، أو دَعْوَى صَدَقَةٍ وَشِبْهِهَا ....

يـعـنـي : إذا هدم المشتري المبيع وبنى ثـم قام الشفيع فله الأخذ بالشفعـة ويغرم الشفيع للمشتري قيمة بنائه قائما يوم قيام الشفيع بالشفعة مع الثمن الأول .

فإن قلت : كيف يعطي جميع الثمن [مع قيمة النقض](١) مع أن قيمة النقض جزء من المبيع ؟

قـيل : لا يريدون بالثمن جمـيع الثمن كما سألنا عنه ، وإنمـا يريدون بالثمن ما ينوب العرصة منه بلا بناء ، فمـا نابها منه فهو المعبر عنه بالثمن ، وفسـر أشهب ذلك ، فقال : يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء وكم قيمة النقض مهدوما ثم يقسم الثمن على ذلك ، فإن وقع منه النقض نصفه أو ثلثه ، فهو الذي يحسب للشفيع ويحط عنه من الثمن ، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائما .

ابن المواز : وهو قول مالك وأصحابه .

ابـن يونـس : وإنما يغرم الشفيع قـيمة العمارة يوم القيـام ؛ لأن المبتاع هو الذي أحدث البناء، وهو غير متعد به ، والأخذ بالشفعة كالاشتراء فعلى الشفيع قيمته يوم أخذ بشفعته، وإنما حسب للشفـيع على المبتاع قيمـة النقض مهدوما يوم الشراء ؛ لأنه لم يتـعد في هدمه فكأنه اشـتراه مع العرصـة مهـدوما ثم بنى به ، وهو في ملكه وضـمانه فـوجب أن يأخذ العرصة بقيمتها من قيمة النقض من الثمن يوم الشراء ؛ كما لو اشتراها مع عرض .

مالك : وإن لم يفعل فلا شفعة له .

قـوله : (وَتَصَـوُّرُهَا) هو جواب عن سؤال مورود هنا ، وذلك لأنه قيل لابن المواز : كيف يمكن إحداث بناء في مـشاع ؟ أي أنه إن كان بحضرة الشـفيع فهو مسقط للشـفعة ،

(١) سقط من ط .

وإن كان في غيبته فالباني متعد ، فلا تكون له قيمة البناء قائما ، إلا بعد القسمة وبعد هذا لا تجب الشفعة وبالجملة فالحكم بوجوب الشفعة ينافي أخذ قيمة البناء قائماً ، وأجيب بأوجه :

أولها : أن الشفيع غائب وكانت الدار للشركاء وسلم الحاضرون وطلبوا القسمة فقاسم القاضي عن الغائب ثم هدم المشتري في غيبة الشفيع فالباني غير متعد والشفيع باق على شفعته وليس للقاضي أو الوكيل إسقاط شفعته ؛ لأنه لم يوكل على ذلك .

ثانيها : أن يكون الشفيع حاضراً وترك الشفعة لأمر كما لو كذب في الثمن فيترك الشفيع الشفعة استغلاء ، وقاسم القاضي ثم ظهر خلاف ذلك .

ثالثها : أن يكون البائع والمبتاع أظهرا الصدقة أو الهبة بناءً على إحدى الروايتين بمنع الشفعة في ذلك ثم انكشف أنه بيع بعد المقاسمة والبناء لأجل هذا الخلاف أخره المصنف عما قبله .

ورابعها : أن يشتري داراً فيهدم ويبني ثم يظهر مستحق لنصفها ويريد أن يأخذ بالشفعة وهذا الجواب لمحمد .

ابن عبد السلام : وعليه يعتمد أكثر الشيوخ لما يبنون عليه من كثرة الفوائد بسبب تركيب المسألة من الشفعة والاستحقاق ، والمتكفل بذلك «المدونة» وشروحاتها .

خليل : وانظر لِمَ لمْ يجعل المشتري - إذا كذب في الثمن أو دعوى صدقة ونحوها ثم تبين خلافها - كالمتعدي ؛ ولعله الأظهر ، فلا يكون له إلا قيمة النقض ولعل كلامهم محمول على ما إذا كان إظهار أكثر من الثمن من غير المشتري ، والله أعلم .

وَيَتْرُكُ لِلْمُشْتَرِي الشَّرِيكِ مَا يَخُصُّهُ .

كما لو كانوا ثلاثة مشتركين في دار لكل واحد منهم الثلث فباع أحدهم نصيبه للآخر فلا يأخذ الباقي من يد المشتري جميع الثلث كالأجنبي بل نصف الثلث ، ويترك له نصفه وهو الذي ينوبه ؛ لأنه يقول : لو كان المشتري أجنبيا لم يكن لك إلا نصف الثلث ، ولي النصف فأسوا أحوالي أن أكون كالأجنبي .

وَإِن تَنَازَعَا فِي سَبْقِ الْمِلْكِ تَحَالَفَا وَتَسَاقَطَا وَمَنْ نَكَلَ فَعَلَيْهِ الشُّفْعَةُ .

أي : إذا تنازعا الشريكان في قدر الملك ، فقال كل منهم : ملكي سابق وأنت مجدد

عليَّ وطلب الشفعة ؛ فلكل تحليف صاحبه ، فإن حلفا يريد أو نكلا سقطت دعواهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالشفعة للحالف ، أما إن أقاما بينتين فإنه يقضى بأقدمهما تاريخاً .

وَيَشْفَعُ مِنَ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً بَعْدَ الْفَوْتِ لا قَبْلَهُ بِالْقِيمَةِ الْوَاجِبَةِ ، فَإِنْ فَاتَ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ فَبِالثَّمَنِ فِيهِ ....

البيع الفاسد يفسخ فإذا فات ملك المشتري بالقيمة فلهذا إذا اشترى شقْصاً شراءً فاسداً فإن اطَّلع على ذلك قبل الفوات فلا شفعة ويفسخ البيع ، وإن اطَّلع على ذلك بعد أن فات الشقص عند المشتري بما يفوت البيع الفاسد فللشفيع أخذه بالقيمة الواجبة على المشتري ؛ لأن الشقص قد انتقل إلى ملك المشتري .

[خليل][(١)] : ويأتي على قول سحنون الذي يرى أنَّ البيع الفاسد لا ينقل الملك أصلاً ، وإنما يلزم على قوله مع الفوات ؛ لأنه كالاستهلاك تعدم الشفعة فيه .

فرع :

قال في «المدونة»[(٢)] : ولو علم به أي بالفساد بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول ؛ لأنَّ الشفيع دخل مدخل المشتري .

ابن المواز : وإذا أجزنا له الأخذ بالشفعة بعد الفوت ، فلابد من معرفة الشفيع بيع الشفعة ، والبيع الأول بالقيمة التي لزمت المشتري ، فإن أوجبها على نفسه قبل معرفته فذلك باطل ، وجعل ابن يونس قوله تفسير «للمدونة» .

قوله : (**فَإِنْ فَاتَ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ فَبِالثَّمَنِ فِيهِ**) يعني : أن ما ذكرناه من أنَّ الشَّفِيع يأخذ مع الفوات بالقيمة ، إنما هو فيما إذا فات بغير بيع صحيح ، وأما إن فات به فللشفيع الأخذ بذلك الثمن [الذى وقع به][(٣)] لا بالقيمة إلا أن يكون المتبايعان ترداها قبل أخذ الشفيع فيصير كثمن سابق على الثمن في البيع الصحيح فيأخذ الشفيع بأيهما شاء كبيعتين صحيحتين .

---

(١) سقط من ط .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٣٢) .

(٣) سقط من ط .

قال في «المدونة»[1] وسواء ترداها بقيمة أو بغيرها وقد صح البيع بينهما بأخذ القيمة .

وقوله : (**بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ**) احترز به من البيع الفاسد ، قال في «المدونة» : وإذا باعها المشتري شراءً فاسداً ثم باع بيعاً فاسداً رد الأول والآخر جميعاً إلا أن يفوت ، وتجب القيمة في ذلك فلا يرد .

وَيُنْقَضُ بِالشُّفْعَةِ وَقْفُهُ وَغَيْرُهُ .

يعني : أنه لا يبطل حق الشفيع إذا وقف المشتري الشقص أو وَهَبَهُ أو تصدق به ، ولو نقض ذلك ولو هدم المشتري الشقص وبناه مسجداً فللشفيع هدمه .

وفي «المدونة» [2]: من اشترى شقصا له شفيع غائب فقاسم الشريك ثم قدم الغائب فله نقض القسم وأخذه .

واستدل على ذلك بأن الشُّفعة قُصاراها أن تكون كالبيع فكما له الأخذ بالبيع الأول وإبطال ما بعده من البياعات فكذلك له الأخذ بالبيع الأول وإبطال القسمة التي هي أضعف من البيع ، وقاله ابن القاسم وأشهب في «الموازية» إلا أن أشهب أشار إلى تردد في «المجموعة»، فقال : إنه ليأخذ بالقلب أن ليس له رد القسم ؛ لأنهم قاسموا من تجوز قسمته، يعني من بقية الشركاء ووكيل الغائب ، ولهذا قال سحنون : يمضي القسم وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع بالقسم بالشفعة ، وظاهره وظاهر «المدونة» سواء كان القسم بحكم أو بغيره ، لكن تأوله صاحب «النكت»[3] على ما إذا لم يكن بحكم ، قال: فلذلك قال : إن له نقض القسم ، قال : وأمَّا إذا رَفَعَ إلى الحاكم فالقسم ماض ويأخذ الشفيع ما يقع له به القسم .

وهذه التفرقة هكذا في مذهب أشهب ، ويمكن أن يجمع بين قوله في «المدونة» وقول سحنون بهذا ولا يبقى في المسألة خلاف فيحمل قوله في «المدونة» على ما إذا لم يحكم وقول سحنون على ما إذا كان بحكم .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٣٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٣٢) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/ ٢٢٥) .

وَيَأْخُذُ بِأَيِّ الْبُيُوعِ شَاءَ فَيُنْقَضُ مَا بَعْدَهُ .

قال في «الجلاب» [(١)]: وإذا بيع السهم الذي فيه الشفعة مراراً قبل أخذ الشفيع فله أن يأخذ بأي الصفقات شاء ، فإن أخذ بالصفقة الأخيرة ، صحت الصفقة التي قبلها ، وإن أخذ بالصفقة الأولى بطلت الصفقة التي بعدها ، اتفقت الأثمان أو اختلفت ، والاختيار إليه في العهدة والثمن وإن أخذ بالصفقة الوسطى صح ما قبلها وبطل ما بعدها .

وقيد اللخمي هذا إنما إذا لم يكن حاضراً ، وأما الحاضر العالم فإنه تسقط شفعته في البيع الأول وتثبت في البيع الثاني ، وكذلك إن كثرت البياعات إنما يكون له الأخذ بالأخير .

الْمَأْخُوذُ بِهِ مِثْلُ الثَّمَنِ أَوْ قِيمَتِهِ فِي الْمُقَوَّمِ .

هذا هو الركن الرابع ؛ يعني أن الشفيع يأخذ الشِّقص بمثل ما دفع فيه المشتري إن كان مثليا أو بقيمته إن كان مقوماً وهو ظاهر ، فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته ، قاله مالك في «المجموعة» فيمن اشترى بثمن فلم يجده الشفيع .

فرع : وعلى الشَّفيع أجرةُ الدَّلَّال وإن كانت من عقْد الشراء [وأجرة كاتب عقد الشراء إن كانت من عند المشتري][(٢)] وثمن ما كتب فيه ؛ لأنَّ بذلك وصل المبتاع إلى البيع ، وإن كان المبتاع دفع أكثر من المعتاد ، لم يكن على الشفيع إلا دفع المعتاد ، بذلك أفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطَّان .

المتيطي : ولا أعلم لهم مخالفاً .

ابن يونس : قال بعض الفقهاء : وانظر لو غرم على الشِّقص غرماً هل يأخذه الشفيع بالثمن أو بما غرم عليه ؛ وقد اختلف في من اشترى من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه بغرم أو بغيره .

فَإِنْ لَمْ يَتَقَوَّمْ كَالْمَهْرِ وَالْخُلْعِ ، وَصُلْحِ الْعَمْدِ ، وَدَرَاهِمَ جُزَافاً فَقِيمَةُ الشِّقْصِ يَوْمَ الْعَقْدِ، وَقِيلَ : فِي الْمَهْرِ صَدَاقُ الْمِثْلِ ، وَقِيلَ : تَبْطُلُ فِي الدَّرَاهِمِ ....

أي : فإن لم يتقوم عوض الشقص غالباً كالمهر والخلع وصلح العمد ، فإنه يرجع إلى

---

(١) « التفريع » (٢/٣٠٣) .

(٢) سقط من ط .

قيمة الشقص ، وقلنا : غالباً ؛ لأنَّ المهر يتقوم بمهرِ المثْلِ ، وكَذلك الخلع ، واحترز بصلح العمد من الصلح من الخطأ ففيه الشفعة بالدِّيَة .

فإن كانت العاقلة أهل إبل ، أخذه بقيمة الإبل وإن كانت ذهب أو ورق أخذه بذهب أو ورق يُنَجِّم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة ، قاله في «المدونة»(١) .

وقال سحنون في المصالِح عن جميع الدية على شِقص : إن كان إعطاء ذلك والعاقلة أهل ذهب أو ورق فالصلح جائز ويرجعه ابن القاسم بالأقل من القيمة أو الدية ، أو كان صلحه عليهم وإن كانوا أهل إبل ، فإن كان القاتل يعطي الشقص ولا يرجع بذلك على العاقلة فهو جائز ، وإن كان إنما صلح عنهم ليرجع عليهم لم يجز الصلح ؛ لأنهم مخيرون.

ابن عبدوس : وكان سحنون يقول في هذا الأمر بقول عبد الملك أن الدين له حكم العروض ، فإذا اشترى الشِّقص بالدية وهي دنيئة فإن كانت دنَانير ودراهم قومت بالعرض على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يقوَّم العرض ، وقال عبد الملك : يؤخذ ذلك بالعرض الذي قوِّم به الدَّيْن .

سحنون : وإن كانت الدية قومت بالنقد على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يأخذ الشفيع بذلك أو يدع .

قوله : (**أَوْ دَرَاهِمَ جُزَافاً**) نحوه في «الجواهر»(٢) .

وقال **ابن عبد السلام** : في صحة فرضها نظر في المذهب ؛ لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً ، فإن قيل : يحمل كلامه على ما إذا كان التعامل بالوزن ، فإنه يجوز حينئذ التعامل بها جزافاً ، قيل : لا يصح ؛ لأنه لو كان كذلك لكان الحكم إذن هو قيمة الجزاف كما لو وقع بصبرة طعام .

خليل : ويمكن أن يقال : لا يلزم ما ذكره ؛ لأنَّ الطعام إذا قُوِّم بالعين يقوَّم بما هو الأصل في التَّقويم بخلاف الدراهم ؛ لأنك إما أن تقومها بعرض أو بعين موافق أو مخالف، ففي العرض يلزم منه [مخالفة الأصل ، إذ الأصل عدم تقويم العين بالعرض ،

(١) « المدونة » (١٤/ ٤٢٩) .
(٢) « الجواهر » (٢/ ٧٦٩) .

وفي العين الموافق أو المخالف يلزم][1] البدل والصرف المستأخر ، ولهذا قيل في العين : إن الشفعة تبطل ، وهذا وإن كان ممكناً من جهة القيمة ، إلا أن اللخمي نقل خلافه فقال : وإن كان [الثمن جزافاً فقال محمد : إن اشترى بحلى جزافاً ، فإن الشفيع يشفع بقيمته ، فإن كان][2] ذهباً قوِّم بالفضة ، أو فضةً قوِّم بالذهب ، يريد والقيمة في ذلك يوم الشراء لا يوم الأخذ بالشفعة ، وكذلك كل ما اشترى به جزافاً فالقيمةُ يومَ الشِّرَاء .

قوله : (وَقِيلَ : فِي الْمَهْرِ صَدَاقُ الْمِثْلِ) أي : يشفع بصداق المثل ، وهذا القول نقله اللخمي .

ابن عبد السلام : وهو الأقرب .

ابن راشد : ولم أر القول بالبطلان في الدراهم .

فَإِنِ اشْتُرِيَ مَعَ غَيْرِهِ فِيمَا يَخُصُّهُ ، ويَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ بَاقِي الصفْقَة .

يعني (فَإِنِ اشْتُرِيَ) الشقص الذي فيه الشفعة (مَعَ) ما لا شفعة فيه فللشَّفيع أَخْذُ الشِّقْص بما يخصه من الثمن ، ويلزم المشتري باقي الصفقة هكذا في «المدونة»[3] وإنما لم يكن للمشتري مقال بسبب تبعيض صفقة ؛ لأنه دخل على ذلك وأشار ابن يونس إلى أن هذا جار على القول بأن الشفعة ابتداء بيع ، وأما على القول بأنها كالاستحقاق ، فإنه ينظر فإن كانت قيمة الشقص النصف فأقل فكذلك ، وإن كان جل الصفقة فيكون له رد الباقي.

خليل : إنما ينبغي أن يقال : على هذا يلزمه رد الباقي كما تقرَّر في عِلْمه .

وَإِلَى الأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيئاً أَوْ بِضَامِنٍ مَلِيءٍ ، وإِلا عَجَّلَهُ .

هكذا في «المدونة»[4] وزاد فيها كون الضامن ثقة ، ومعناه أنه إذا اشترى شِقْصاً إلى أجل أخذه الشفيع إلى مثل الأجل بمثل الثمن بشرط أن يكون الشفيع مليئاً أو يأتي بضمان ثقة ، فإن أراد الشفيع تعجيل الثمن للمبتاع فذلك له ، وليس له تعجيله للبائع ، وإن رَضِيَ المبتاعُ .

---

(١) سقط من ط .

(٢) سقط من ط .

(٣) « المدونة » (١٤/ ٤٣٠) .

(٤) « المدونة » (١٤/ ٤٣٥) .

قال المتيطي : وإن لم يوجد أحدهما فلا يأخذ الشفيع الشفعة حتى يعجل الثمن .

وظاهر «المدونة» وهو ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون ملاء الشفيع كالمشتري أو أقل ، وهو قول محمد وابن الماجشون ، والمتيطي ، وهو المشهور .

وقال أشـهب : إن لم يكن الشفـيع كالمشتـري في الملاء أتى بحميـل مثل ثقة المشـتري وملائه وإلا فلا : وظاهر قوله أيضاً هو ظاهر «المدونة» .

(وإلا عَـجَّلَهُ) أي إذا لم يجد أحدهما يلزمه التعجـيل ، وإن كان عدم الشفيع مساويا لعدم المشتري وهو قول محمد .

وفي اللخـمي : إن استوى الشـفيع والمشـتري في الثـقة والملاء لم يلزم الشفـيع إعطاء حميل، وإن استويا في العدم فقولان بناء على مراعاة التساوي أو أن البائع قد يثق بالمبتاع ، والمبتاع قد لا يثق بالشفيع ، وصوب اللخمي الأول ؛ لأن الشفيع موسر بالحصة .

وكذلك حكى صـاحب «البيان»[1] قولين إذا استويا في العـدم ، قال : وإن استويا في الملاء لم يلزم حميل باتفـاق ، وإن كان الشفيع أقل ملاءً لزمه حمـيل باختلاف ، وإن كان أشد عدماً لزمه باتفاق .

فروع :

الأول : قال أشهب : إذا اشتراه بحميل أو رهن فليس للشفيع ، وإن كان أملأ منه أخذه بحميل أو رهن ومثله ، وقـال أشهب أيضا : إذا كان أملأ من الحمـيل ومن المشتري أخذه بلا رهن وبلا حميل ، واختار محمد الأول .

الثاني : إذا تراخى قيام الشفيع حتى حلَّ الأجل ففي تأخير الشفيع إلى مثل ذلك الأجل قولان : قال مالك ومطرف وابن الماجشون وابن حبيب : يؤخر ، وقال أصبغ : لا يؤخر؛ لأن الأجل الأول مضروب لهما معاً .

ابن يونس وصاحب «البيان»[2] وغيرهما : والأول أصوب ؛ لأن الشفيع يجب أن ينتفع بتأخير الثمن كما انتفع به المشتري .

الثالث : إن أخذه عن دين في الذمة ففي المذهب ثلاثة أقوال :

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٧٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٧٧) .

الأول : وهو مذهب «المدونة» أنه يأخذه بمثل الدين .

الثـــاني : يأخذه بقيـمته ، قاله ابن الماجشـون وسحنون ، ورأيا أن ما في «المدونة» من الدراهم كالعروض .

الثـــالث : الفرق فإن كان كـالصداق إن كان عينا أخذه بمثله ، وإن كـان عرضا أخذه بقيمته، قاله أشهب ومحمد ، وهو غلط .

وعلى مذهب «المدونة» فقال مالك في «الواضحة» : إن كان الدَّين يوم قيام الشفيع حالاً أخذ به حالاً ، وإن كان بقي من الأجل شيء قال : مثل ما بقي هكذا نقل الباجي(١) .

ابن زرقون : وهو غلط وإنما ينظر إلى ذلك يوم الشراء وكذلك هو في «الموازية» لا يوم قيام الشفيع .

ابن عـبد السـلام : وانظر لو كان الدين عرضـاً وأراد الشفيع تعجيله للمـشتري ، وأبى المشتري وطلب التأخير إلى الأجل وأخذ الحميل ولم يجد الشفيع حميلاً كيف الحكم ؟

فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِهِ لَمْ يَجُزْ .

أي **(فَلَوْ أَحَالَ)** المشتري **(الْبَائِعُ بِهِ)** أي : بالثمن من المؤجل على الشفيع **(لَمْ يَجُزْ)** لأن الإحالة إنما تكون بما حل ولأن البائع قد ترتب له في ذمة المشـتري دَيْن فباعه بدينٍ لهُ على الشَّفيع فيلزمه منه بيع الدَّيْن بالدَّيْنِ .

وَثَوَابُ الْهِبَةِ كَالثَّمَنِ فَلا يَأْخُذُه إلا بَعْدَهُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ فَاتَ قَبْلَهُ أَخَذَهُ بِالأَقَلِّ .

هبة الثواب بيع فلذلك يأخذ الشفـيع الموهوب بما وقع به الثواب من مثلي أو مقوَّم وهذا معنى قوله : **(كَالثَّمَنِ)** لكنه لا يأخذه حتى يدفع الثواب ؛ لأن الموهوب له مخير في الرد وفي الثواب هذا هو المشهور ، وهو مذهب «المدونة» .

وقال أشهب [وابن عبـد الحكم : إذا فات الشقص وجبت فيه الشفعـة بالقيمة ، وعلى المشهور فالشفعة إنما تكون بمثل الثواب أو قـيمته ، سواء فات الشقص الموهوب قبل الثواب أو بعده وقال أشهب](٢) : كذلك إن [أثابه](٣) قبل فوات الموهوب ، وإن [أثابه](٤) بعده

(١) « المنتقى » (٦/٢٠٨) .

(٢) سقط من ط .

(٣) في ط : أتى به .

(٤) في ط : أتى به .

فللشفيع أن يأخذه بالأقل من الثواب والقيـمة ؛ لأن الثواب إن كان أقل فهو الذي دفع وإن كانت القيمة أقل فهو متبرع بالزائد عليها ؛ لأنه لم يكن يلزمه غيرها .

وفيـه نظر ؛ لأن أشهب وافق على أنه لو أتى به أكـثر من القيـمة قبل الفـوات فإنه لا يأخذه إلا بذلك ، فكذلك إذا عوضه بعده ؛ لأن للموهوب تعويض القيمة فيها .

وقال اللخمي : القياس أن لا يستشفع إلا بالأكثر من الثمن والقيمة سواء فات الموهوب أو لا ؛ لأن قيمـة الشقص إن كانت أكـثر من الثواب فللموهوب أن يقـول : إنما قبل مني هذا للصداقة بيني وبينه ونحو ذلك ، وإن كان الثواب أكـثر فإن ذلك العوض غالبا في هذا النوع .

تنبيه :

ما ذكـرناه أنه لا شفعة إلا بعـد دفع الثواب وهو نصُّ «المدونة»(١) في باب الهِـبـات : فقـال: إن وهب لرجل شِقْـصاً من دارٍ على عوض سـمَّيَاه أو لم يسـمِّيـاه ، أنَّه لا يأخذه بالشفعة حتى يثاب ، وفي كـتاب الشفعة : إن سميَّا العوض ففيه الشـفعة بقيمة العوض ، فحمله سـحنون على الخلاف ، فمرة جعل ذلك كـالبيعِ يلزمه بالتسمـية ومرة نفى ذلك ، وقيل : ليس بخـلاف واستظهر ، ويتـأول قوله في الشفعـة سماه على مـعنى عينه ، وفي الهبة على أنه شرط الثواب [لا أنه عين](٢) ، وإليه ذهب أبو عمران وغيره .

وَمَا حُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِعَيْبٍ فَيُحَطُّ اتِّفَـاقاً ، وَلِإِبْرَاءٍ قَالَ أَشْهَبُ : يُحَطُّ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ كَانَ مِثْلَهُ يُحَطُّ عَادَةً ....

يعـني : أن ما حط من الثَّمنِ بعد تقريره على المشتري لعيب فيحطّ اتفاقاً عن الشفيع ، وإن حط لا لموجب بل لإرادة إصـلاح البيع أو التـبرع على المشـتري ، (**فَـقَـالَ أَشْـهَبُ : يُحَطُّ**) .

وقال ابن القاسم : إنما يحط إذا كان مثله يحطُّ عادة ، وهكذا في «المدونة»(٣) ففيها : ومن اشترى شِقْصاً بألفٍ ثم وضع عنه البائع تسعمائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبله نظر ،

(١) « المدونة » (١٥/ ٨٥) .

(٢) في ط : لا غير .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٢٦) .

فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند النَّاس مائة درهم إذا تَبَايعوا بينهم واشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن الشفيع ؛ لأن ما أظهر له من الثمنِ الأول إنما كانَ سبباً لقطع الشُّفْعَةِ وإنْ لم يشبه ثمنه أن يكون مائة لم يحط عن الشفيع ، وإن كان لا يحط مثله عن الشَّفِيع شيئاً وكانت الوضيعة هبة للمبتاع .

وقال في موضع آخر منها : إن يحط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع ، وضع ذلك عن الشفيع ، وإنما لا يحط مثله ، فهي هبة ولا يحط عن الشفيع شيئاً ، وهذا الأخير هو الذي نقله المصنف على أنّ صاحبَ «النُّكت» وابن يونس قالا: إن القولين ليسا بخلاف، وإنما هما راجعان إلى شيء واحد ؛ لأن معنى قوله : وإن حط ما لا يحط في البيوع لا يوضع عنه شيء ، يريد : وثمن الشقص أكثر من الباقي بعد الحطيطة ، وأما إن كان ثمن الشقص مثل الباقي بعد الحطيطة فأقل فالأمر ما ذكر أولا .

عبد الحق[١] : والحطيطة ثلاثة أقسام : منها ما يكون هبة للمبتاع لا يحط الشفيع ، ومنها ما يشبه حطيطة البيع فيحط للشفيع ، ومنها ما يظهرانه لقطع الشفعة ثم يسقطانه ويكون الباقي مثل قيمة الشقص فهذا يحط للشفيع .

ولا تُنْقَضُ الشُّفْعَةُ بِردِّ الثَّمَنِ الْمُقَوَّمِ بعَيْبٍ أَوْ باسْتِحْقَاقه ، وعَلَى الشَّفِيع قيمَتُهُ عنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَقِيمَةُ الشِّقْصِ عِنْدَ سُحْنُونٍ ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ وَعَلَى الْمُشْتَرِي قِيمَةُ الشِّقْصِ وَلَوْ وَقَعَ قَبْلَهَا امْتَنَعَتْ ....

يعني : إذا وقع البيع يقوَّم كعبد أو دار ثم استحق أو رد بعيب ، فإن كان ذلك قبل أخذ الشفيع بطلت الشفعة لانتقاض البيع قبلها إلا أن البائع يسترد البيع .

ابن عبد السلام : ولا أعلم في ذلك خلافاً ، وإلى هذا أشار بقوله أخرى : ولو وقع قبلها امتنعت : أي وقع بأحدهما إما بالاستحقاق أو بالرد بالعيب ، وإن كان بعد الأخذ بالشفعة انتقض ما بين البائع والمشتري ورجع البائع على المشتري بقيمة الشقص .

ابن القاسم : ولا ينتقض ما بين الشفيع والمشتري فلا يكون للشفيع على المشتري إلا قيمة المقوَّم المستحق أو المردود بعَيْب ، وبه قال أشهب وأصبغ .

محمد : وهو أحبُّ إليَّ ، وهذا معنى قوله : **(وعَلَى الشَّفِيعِ قِيمَتُهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ)** أي

---

(١) « النكت والفروق » (٢/٢٢٨) .

قيمة المقوم ، وقال عبد الملك وسحنون : ينتقض ما بين الشفيع والمشتري أيضاً ويكون على الشفيع قيمة الشِّقْص كما كانت على المشتري ، وهو معنى قوله : **(وَقِيمَةُ الشِّقْصِ عِنْدَ سحْنُون ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيع)** ، فإن شاء أخذ قيمة الشقص ، وإن شاء ترك ، فإن كانت قيمة الشقص أكثر أخذها إن شاء ، وإن كانت أقل رجع على المشتري بما بقي عنده ، والأول أصح ؛ لأن الشفعة بيعٌ حادث فلا يلزم من انتقاضه بين البائع والمشتري انتقاضه بين الشفيع والمشتري ، فلو كانت قيمة العبد خمسين وقيمة الشِّقص خمسين فلا إشكال ، وإن كانت قيمة العبد خمسين وقيمة الشِّقص ستين فلا رجوع للمشتري على الشفيع بالعشرة الزائدة عند ابن القاسم ويرجع بها عند سحنون وعبد الملك إن اختار الأخذ بالشفعة ، وإن كانت قيمة الشِّقص أربعين فلا رجوع للشفيع عند ابن القاسم ويرجع عند سحنون وعبد الملك ويأخذ العشرة الزائدة .

وَأَمَّا النُّقُودُ فَبَدَلُهَا .

يعني : ولو كان ثمن الشقص نقدا دراهم أو دنانير فاستُحِق أو اطُّلع على عيب بذلك الثمن ، فلا أثر لذلك في إسقاط الشفعة سواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها لوجوب القضاء بمثل ذلك العيب فإنها لا تتعين .

وَفِي غَيْرِهَا قَوْلانِ : بَدَلُهَا وَقِيمَةُ الشِّقْصِ ، فَيَجِيءُ فِي الشَّفِيعِ الْقَوْلانِ .

أي : في غير الثمن المقوم والنقود ، وهو العَرَض المثلي ، يعني وإن كان الثمن عرضاً مثلياً فاستحق أو رد بعيب فاختلف هل يرجع إلى بدل تلك العروض المثلية كالنقد أو إلى قيمة الشقص كما لو كان العرض مقوماً على قولين : **والأول** : في «الموازية» ، **والثاني** : لسحنون ومحمد وغيرهما .

وهو الصواب عند جماعة من الشيوخ ؛ لأن القاعدة أن من باع عرضاً بعرض ثم استحق ما بيده يرجع بقيمة ما خرج من يده أولاً ، لا بما استحق منها إلا في بعض مسائل شذت في المذهب ، وإن رويت على القولين فقط غلط سحنون وغيره في روايتها على معنى الأول .

وهذا الخلاف إنما هو إذا كان الاطلاع على العيب بعد أخذ الشفيع وأما إن كان قبله فيبطل البيع بالاتفاق ، فتبطل الشفعة .

وعلى القـول بأن على المشتـري قيمـة الشِّقْص ، يخـتلف هل ينتـقض ما بين الشـفيع والمشتري أو لا على القولين السابقين ، أي قول ابن القاسم وسحنون ولا روايتهما .

قال المصنف : **(الْقَوْلانِ)** فأتى بأل الدالة على العهد .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِـيمَا يُشْبِهُ بِيَمِينٍ ، وَإِلا فَقَوْلُ الشَّفِيعِ ، وقَالَ أَشْهَبُ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبِهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، وَفِي غَيْرِهِ بِيَمِينٍ ....

أي : إذا تنازع الشفيع والمشتري في قدر الثمن **(فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِـيمَا يُشْبِهُ بِيَمِينٍ)** إن ادعى عليه الشفيع المعرفة .

صـاحب «البيـان »[1]: ولا خلاف في هذا ، واختلف إذا لم يدّع الشـفيع المعرفة واتهم المشـتري أن يكون اشـتراه بأقل هل له تحليف المشـتري أم لا على الخـلاف في توجيـه يمين التهمة ؟

وظاهر «المدونة» في توجـه هذه المسألة سـقوطها ، ونـص المتيطي على أن الأشـهر في المذهب سقوط اليمين ، قال : وهو دليل «المدونة» .

وقال أصبغ : يحلف المبتاع فيما لا يشبه ويصدق فـيما يشبه ، واختار اللخمي توجيهها قال : لأنه قد كـثرت الحيل من الناس على إسـقاط الشفعة إلا أن يكون المـشتري من أهل الدين والأمانة . ،وظـاهر قول المصنف أن القول قـول المشتـري إذا أتى بما يشبـه سواء أتى الشفيع بما يشبه أم لا .

قوله : **(وَإِلا)** أي : وإن لم يأتِ المشتري بما يشبه فقول الشفيع ، يريد إذا أتى بما يشبه أما إن أتى بما لا يشبه ، فقال اللخمي وصاحب «البيان»[2] : حلفا جميعاً ورد إلى الوسط بما يشبه فيأخذه به أو يدع ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالشفعة بما حلف عليه الحالف منهمـا ، وحكى في «البيان» قـولا آخر أن القول قـول المشتري مـع يمينه ، وهذا هو قول أشهب الذي حكاه المصنف بقوله : **(وقَالَ أَشْهَبُ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي)** أي : مطلقاً أتى بما يشبـه أم لا ، غير أنه إن أتى بما لا يشـبه حلف على ذلك ، وإن أتى بما يشـبه لم يكن

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٣) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٣-٦٤) .

عليه يمين .

تنبيه :

ومن دعوى المشتري أن لا شبه أن يكون هذا المشتـري من الملوك وشبههم الذين يرغبون في الدار الملاصقـة لهم ، ويزيدون في ثمنها ، فكيف بما لهم فـيه شركة ، قـاله مالك في «المدونة»[١]و«العتبية» وغيرهما ، قال في «العتبية»[٢] : وإذا كان من هؤلاء الملوك ، فلا يمين عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه .

قال في «البيان»[٣] : والشيوخ يحملون ما في «المدونة» على الخلاف «للمدونة» ؛ لأنه قـال في «المدونة»[٤]: القول قول المشتري ، فقال الشيوخ : يعني مع يمينه ، قال : وليس ذلك عندي صحيح ؛ لأن رواية أشـهب محـمولة عـلى ما إذا لم يتـحقق الدعـوى على المشتري وإنما اتهـمه فلم يوجبهـا عليه إلا في الموضع الذي تظهر تهمـته وهو إذا أتى بما لا يشبه ، ومعنى «المدونة» محمول على ما إذا تحقق كل واحد منهما الدعوى على صاحبه .

قال في «المدونة»[٥] : أقاما بينة وتكافأت في العدالة ؛ كمن لا بينة له ويصدق المبتاع ؛ لأن الدار في يده ، قال سحنون : لا بطلان في التكافي والبينة بينة المبتاع ومثله لأشهب .

ابـن يـونـس : وهذا إذا كانت الشـهادتان بمجلس واحـد ، وفي «الموازية» : إن كانت الشهادتان عن مجلسين فـالقول للشفيع وإن كانوا عدولاً وإن كـانت ببينة الآخرون أعدل ؛ لأنه إن كانت بينة الشـفيع قبل فـقد زاده في الثمن ، وإن كـانت بعد فقـد أسقط عنه من الثمن واختلف عند عدم البينة هل تقبل شـهادة البائع ، فقال ابن المواز : لا يقبل قوله وإن كان عدلا ، ويقرب منه في «كتاب ابن مزين» .

وقال صاحب «البيان»[٦] : لا يمتنع عندي أن يكون شاهدا يحلف معه إذا كان لا يتهم

---

(١) « المدونة » (١١/ ٣٩٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٢) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٣) .

(٤) « المدونة » (١١/ ٣٩٥) .

(٥) « المدونة » (١١/ ٤٨٤) .

(٦) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٦٤) .

في شهادته ، وأما إن طال الزمان حتى نسي الثمن ، وقال المشتري : لا أعلمه من طول الزمان في غيبة السفر ؛ سقطت الشفعة .

وفي «الموازية» و «المجموعة» : إذا أتى المشتري بما لا يشبه وجهل الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم البيع ؛ ونحوه لأصبغ .

فلو أنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشِّرَاءَ - وَالْبَائِعُ مُقِرٌّ - حَلَفَ وَسَقَطَتِ الْعُهْدَةُ ، وَقِيلَ : يَأْخُذُهُ لأَنَّ الْبَائِعَ مُقِرٌّ أَنَّ الشفيع أَحَقُّ ، وَاخْتَارَهُ اللَّخْمِيُّ ....

تجوَّز في إطلاق لفظتي البائع والمشتري مع أن البيع لم يثبت وهو نظير قوله تعالى : **﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾** [الدخان: ٤٩] ، فإذا أنكر المشتري شراء الشقص الذي فيه الشفعة وادعاه البائع ، ففي «المدونة»[١]: يتحالفان ويتفاسخان ، وليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع ؛ لأن عهدته على المشتري .

أبو محمد : قوله: [يتحالفان][٢] إنما يعني أن المبتاع وحده يحلف فإذا حلف برئ .

وعلى هذا فصواب قوله: [يتحالفان][٣] أن يقول : حلف المشتري .

وقال عياض : يصح في هذا اللفظ التحالف ، وعلى كل واحد منهما يمين في خاصته في وجه ما ، ولكل واحد منهما تحليف صاحبه ، أما المشتري فلجحده ، وأما البائع فإذا نكل المشتري .

وقوله : **(وَقِيلَ : يَأْخُذُهُ لأَنَّ الْبَائِعَ مُقِرٌّ أَنَّهُ أَحَقُّ)** أي أن الشفيع أحق بالشِّقص منه ، وكلامه يوهم أن القول الثاني عام في الحاضر والغائب ، وإنما في «الموازية» في من قال: إنَّه باع من فلان وفلان منكر أو غائب أنه لا شفعة له إن أنكر ، وإن كان غائبا ؛ فإن كان بعيد الغيبة فالشفعة للشفيع ؛ لأن البائع مقر أنه أولى منه ، فإن قدم الغائب فأقر كانت العهدة عليه ، وإن أنكر رجع الشقص إلى البائع .

محمد : وأحبُّ إليَّ أن لا يرجع الشقص إلى البائع ، وإن أنكر الغائب ؛ لأن البائع مقرٌّ أنَّ الشفيع أحقُّ به بذلك الثمن ، وتكتب عهدة الثمن على البائع .

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٤٤٤) .

(٢) في ط : تحالفا .

(٣) في ط : تحالفا .

كتاب القسمة

الْقِسْمَةُ: الْقِسْمَـةُ ثَلاثَةٌ: قِسْمَةُ مُهَايَأَة، وقِسْمَةُ بَيْعٍ، وقِسْمَةُ قِـيمَة، فَالأُولَى: إجَارَةٌ لازِمَةٌ، كَدَارٍ أَوْ دَارَيْنِ يَأْخُـذُهَا كُلُّ وَاحِدٍ أَوْ إِحْـدَاهُمَا مُدَّةً مُـعَيَّنَةً، وَغَيْـرُ لازِمَةٍ كَـدَارَيْنِ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ سُكْنَى دَارٍ...

لا شك في مشروعيتها لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ﴾الآية [النساء: ٨].

هي ثلاثة أقسام: الأولى قسمة مهايأة.

عياض: وهي قسمة المنافع بالمراضاة لا بإجبار، ويقال: مهانأة بالنون ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ هنأ صاحبه ما أراد، ومهايأة بالياء باثنين تحتها ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ هيأ للآخر ما طلب منه.

وهذا القسم على قسمين: مقاسمة زمان ومقاسمة أعيان، أشار المصنف إليهما بقوله: (**فَالأُولَى: إجَارَةٌ لازِمَةٌ**) يأخذها كل واحد أو إحداهما أو هما معاً مدَّة معينة.

فقوله: (**أَوْ إِحْدَاهُمَا**) راجع إلى الدارين.

وقوله: (**مُـدَّةً مُعَـيَّنَةً**) يعم الصورتين ويحتمل عوده إلى الثانية ويضم الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها مقاسمة زمان بخلاف الدارين فإنهما مقاسمة أعيان.

وقوله: (**وَغَيْرُ لازِمَةٍ كَدَارَيْنِ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ سُكْنَى دَارٍ**) من غير تعيين مدة.

وفي «المقدمات»(١): التهايؤ يكون بالأزمان ويكون بالأعيان، والتهايؤ بالأزمان يفترق الحال فيه بين الاستغلال والاستخدام في العبد والركوب في الدابَّة، والازدراع في الأرض والسكنى في الدار. وأما التهايؤ في الاستغلال فلا يجوز في المدة الكثيرة بالاتفاق، واختلف في اليسيرة كاليوم ونحوه، ففي «الموازية»: لا يجوز ذلك في الدابَّة والعبْد ولو في اليوم.

محمد: ولو سهل ذلك في اليوم.

وأما التهايؤ في الاستخدام فاتفقوا على عدم جوازه في المدة الكثيرة واتفقوا على جوازه في الأيام اليسيرة، واختلفوا في حدها، فأجازه ابن المواز في خمسة أيام فأقل لا أكثر، وأجازه مالك في «المجموعة» من رواية ابن القاسم في الشهر.

ابن القاسم: وأكثر من الشَّهرِ قليلاً.

(١) « المقدمات » (٣/١٠١).

وأما التهايؤ في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها، كقول ابن القاسم في «المجموعة»: ووجه ذلك أنها مأمونة.

وأما التهايؤ في الأعيان بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً، أو يسكن هذا داراً وهذا داراً أو يزرع هذا أرضاً وهذا أرضاً، ففي «المجموعة» جوازه في سكنى الدار وزراعة الأرض، ولا يجوز في الغلَّة والكرَاء، وذلك على قياس التَّهَايُؤ في الأزمان، فيسهل في اليوم الواحد على أحد قولي مالك فيه، ولا يجوز أكثر من ذلك باتفاق، لأنَّه غَرَر وتفاضُل، وكذلك استخدام العبد والدواب ليجري على الخلاف المتقدم في التهايؤ في الأزمان.

الثَّانِيَةُ: بَيْعٌ كَدَارَيْنِ أَوْ حِصَّتَيْنِ، أَوْ عُلْوٍ وسُفْلٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ إِحْدَاهُمَا بِالأُخْرَى مِلْكاً...

أي: قسمة المراضاة، وكانت بيعاً، لأن كلَّ واحدٍ باعَ نصيبه في هذا بنصيب صاحبه في الآخر.

ابن عبد السلام: وهي بيع لا شكَّ فيها إن كانت بغير تعديل ولا تقويم واختلف فيها إن كانت بتعديل وتقويم هل حكمها حكم البيع أم لا ؟ وإن كان بعضهم أطلق الخلاف فيها لما قلنا: إنها بيع، ولذلك لا يحكم بها عند التنازُع، واختلف في جوازها بالقرعة، والمشهور أنَّها لا تجوز، انتهى.

وليس من شرط هذه والتي قبلها اتفاق الجنس بخلاف الثالثة.

وذكر عياض أنه يشترط في الثالثة أيضاً ألا تكون في المكيل والموزون.

وقال اللَّخْمِيّ وابن رشد[١]: لا خلاف أن قسمة المراضاة بيع، واختلف في القرعة فقيل: تمييز حق، وقيل: بيع.

اللَّخْمِيّ: وهو أصوب ؛ لأنه لا يختلف أن كل نخلة مثلاً قبل القسمة شركة وإن كان كذلك كانت القسمة بيعاً.

وفي «المقدمات»[٢] نص مالك في «المدونة» على أنها بيع وذهب سحنون إلى أنها تمييز حق، واضطرب قول ابن القاسم في ذلك على ما يؤخذ من «المدونة» وغيرها.

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٣٧) .
(٢) « المقدمات » (٣/٩٣) .

عياض: والصحيح من مذهبنا وقول أئمتنا: إنها تمييز حق، وإن كان قد أطلق عليها أنها بيع واضطرب قول ابن القاسم وسحنون.

واعلم أنهم أجازوا في قسمة المراضاة التفاضل مثل أن يكون بينهما قفين قمح، فيأخذ أحدهما ثلثه، والآخر ثلثين على سبيل التراضي.

ابن راشد: وهذا ينافي كونها بيعاً محضاً.

الثالثة: وَهِيَ الْمَقْصُودَةُ: كَدَارٍ أَوْ بُسْتَانٍ فَتُصَحَّحُ السِّهَام، ثُمَّ تُعَدَّلُ الْمَوَاضِعُ عَلَيْهَا بِالْقِيمَةِ لا بِالْمِسَاحَةِ ثُمَّ يُقْرَعُ فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فِي طَرَفٍ وبَقِيَتْ لَهُ سِهَامٌ أَخَذَهَا مِمَّا يَلِيه...

إنما كانت هذه هي المقصودة ؛ لأنَّ الأولى راجعة إلى الكراء والثانية إلى البيع.

وقوله: (**فَتُصَحَّحُ السِّهَام**) يعني - سواء كانت بين ورثة أو أجانب مثاله: ثلاثة لأحدهم السدس، وللآخر الثلث، وللآخر النصف، فتعدل السهام على أقل جزء، وهو السدس، فتعملها ستة أقسام بالقيمة لا بالمساحة أي لا بالمقدار فربما كان ذراع من هذه الناحية يساوي ذراعين أو أكثر من الناحية الأخرى، أمَّا إنْ تَساوت فيها الأرض، فإنها تقسم بالمساحة.

ابن عبدوس: ويقوم القاسم النخل نخلة نخلة، ثم يضرب بالقرعة فإن خرجت لصاحب القليل أخذه، وإنْ خرجت لصَاحب الكثير وهو النصف ضم إليه سهمان آخران مما يليه، وإن خرجت لصاحب الثلث ضم إليه آخر [مما يليه](١)، وهذا هو المعروف.

وقيل: إن صاحب السدس لا يكون إلا في أحد الطرفين.

وَصِفَتُهَا: أَنْ يُكْتَبَ الشُّرَكَاءُ فِي رِقَاعٍ وتُجْعَلَ فِي طِينٍ أَوْ شَمْعٍ وَتُرْمَى كُلُّ بُنْدُقَةٍ فِي جِهَةٍ، فَإِنْ تَشَاحُّوا فِي بِدَايَةِ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ أُقْرِعَ عَلَيْهَا أَوَّلاً...

تصوره ظاهر.

[قوله]: (ثم يخرج كل واحد): أي من رقاع الجهات ومن رقاع الأسامي.

وقوله: (**فَإِنْ تَشَاحُّوا فِي بِدَايَةِ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ**) نحوه في «المدونة»(٢) وزاد فيها: إلا ألا يبقى إلا اثنان، فإنه يضرب ولم يلتفت إلى أحدهما ؛ لأن الضرب لأحدهما ضرب

(١) سقط من ط .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٥٧) .

للآخر.

عياض: واختلف في معنى التَّشَاحُحِ المذكور، فظاهر كلامهم وقول ابن القاسم وغيره ما تقدم من الضرب على أي الجهتين يبدأ.

وخالف ابن لبابة ذلك وفسر التَّشَاحُح بأن يقول بعضهم: يقسم من قبلة إلى جنوب، ويقول الآخرون: بل من شرق إلى غرب لأغراض لهم في ذلك.

ابن لبابة: ولا وجه للتَّشَاحُحِ إلا على هذا، وأما على ما قاله ابن القاسم فلا، لأنَّ السَّهم لا يُدرى لمن يخرج فكان حُكم الجميع فيه سواء.

واختلف إذا خرج سهم واحدٌ هل يُقرع ثانياً لجهة الإقراع مطلقاً إلا ألا يبقى إلا اثنان فلا يحتاج حينئذ إلى الإقراع ولا يحتاج إلى الإقراع إلا عند التَّشَاحُحِ على القولين.

وَأَصْحَابُ الْفَرِيضَةِ الْوَاحِدَةِ يُجْعَلُونَ أَوَّلاً كَوَاحِدٍ ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ ثَانِيةً

مثاله: شريكان مات أحدهما عن ورثة فيقسم نصفين: نصف للشريك، ونصف للورثة ثم يقسم ثانياً، وكذلك أيضاً إذا كان في الفريضة سهام، وفي سهم جماعة مشتركون يقسم أولاً على السهام ثم اقتسم أهله كزوجات لهم الثمن أولاً ثم إن شاؤوا اقتسموا ثانياً، وحكى اللَّخْمِيّ الاتفاق على ذلك.

[ابن عبد السلام][1]: وهو يلاحظ ما تقدم في الشفعة أنَّ الشريك الأخص أولى بالشفعة من الشريك الأعم.

وَلا يُجْمَعُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي الْقَسْمِ بِالْقُرْعَةِ.

هكذا قال مالك، وحمله ابن القاسم على أنه لا يجوز الجمع سواء اتفق سهم الاثنين أو اختلف، رضيَا أم لا.

وفي «الجلاب»[2]: ولا يجمع القاسم بين اثنين في القسم إلا أن يتراضى الشركاء كلهم بذلك.

ابن عبد السلام: وقال أصحاب مالك: وإنما يكون ما حمله ابن القاسم إذا استوت الأنصباء، ولو اختلفت الأنصباء كأن يقول: لبعضهم الثلث ولبعضهم النصف، فإن

(١) سقط من ط.

(٢) «التفريع» (٢/ ٢٩٧).

أصحاب كل جزء من هذه الأجزاء يجتمعون في سهم وإن كرهوا ثم يقتسمون إن شاؤوا.

وهكذا فسره مالك في «العـتبية»[١] في سماع أشهب وابن نافع، وكـذلك فسره مالك ومطرف وأصبغ في «"الواضحة"».

وفي اللَّخْمِيّ: اخـتلف إذا كان الولدُ عـدداً، فقال مـالك مرة: هم كأهل سـهم واحد فيقـسم لهم قسماً واحـداً ثم يقتسمـونه ثانياً إن انقسم وإلا باعوه، وقـال أيضاً: كل واحد صاحب سهم.

ورأى ابن القاسم أنهم ليسوا بأهل سهم، وأجاز أن يتراضوا على أن يجمعوا أو يضرب لهم بسهم واحد للاختلاف في ذلك قال: والصواب في الولد والإخوة والأعمام أنهم كأهل سهم.

وفي «البيـان»[٢]: وأما أهل السـهم الواحد كالزوجات والبنات والأخـوات والجدات والموصى لهم بالثلث فلا خلاف أنه يجمع حظهم في القسمة شاؤوا أو أبوا، لأنهم كالشيء الواحد.

وفي العصبة ثلاثة أقوال:

أحـدها: كأنهم أهل سهم واحد يجمع لهم حظهم ثم يقتسمون إن شاؤوا وهو قول ابن حبيب.

والثاني: أنهم لا يجوز جمعهم وإن رضوا، وأراه قول المغيرة.

والثالث: أنه لا يجمع حظهم إلا أن يرضوا، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» ؛ لأنه فسر قول مالك فيها فيمن ترك زوجته وعصبته وترك امرأة يضرب لها بحقها مع العصبة في أحد الطرفين، فقيل: إنه يضرب لها في أحد الطرفين، فـقال: معناه عندي إذا كان العصبة واحداً أو عدداً لا يريدون القسمة.

وقد اختلف في تأويل قول مالك أنَّ الزوجة يضرب لها بحقها مع العصبة في كلام أحد الطرفين كان الورثة من كانـوا ثم يقتسـمون بعد أن أحبـوا، وهـو ظـاهر قـول مـالك في «المدونة» ورواية ابن الماجشـون، وقيل: ذلك مع العصبـة خاصة إذا لم يروا أن يقتـسموا،

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ١١٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ١١٤) .

انتهى بمعناه.

[ابن عبد السلام][(١)]: واستثنى ابن القاسم مسألة الزوجة من عموم المسألة.

بِخِلافِ مَا لَوْ قَاسَمَ شَرِيكَانِ ثَالِثاً ؛ هَذَا بَيْع.

يعني إذا قاسم الشريكين ثالثاً فإنَّ هذا بيع لا قسمة قرعة، وفي كلامه إشارة إلى أن قسمة القرعة تمييز حق لا بيع.

الْقَاسِمُ: الاثْنَانِ أَوْلَى مِنَ الْوَاحِدِ، وَلا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا بَعْدَ الْعَزْلِ

فهم من قوله: (أَوْلَى) أن الواحد يجزئ ؛ لأنه كالحاكم، ولهذا (لا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا) بعد عزل القاضي الذي بعثهما، فقال ابن شعبان: لابد من اثنين، وغلب على ذلك الشهادة، وبالأول قال ابن حبيب، فإنه قال: يقبل القاضي شهادة القاسم إن كان الحاكم هو الذي أمره بذلك، وذكر ذلك الحاكم، وقاله ابن الماجشون.

وكذلك كل ما لا يباشره القاضي من الفعل أو القسم والاختلاف والكتاب والنظر إلى العيب وشبهه ؛ لأن فعلته كانوا [مرتقبين أم لا][(٢)].

وفهم من قوله: (بَعْدَ الْعَزْلِ) قبول قولهما قبله، وهو قول مالك في «العتبية»، وهو الذي في «الوثائق المجموعة»، قيل: وهو الصواب، وقال سحنون: إذا شهد قاسمان على ما قسماه بأمر قاض أو بغير أمرِهِ أنَّ كل واحد ممن قسما بينهم قد استوى نصيبه، فلا تجوز شهادتهما ؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما.

وَلَهُ الأُجْرَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أُجْرَةٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ مِنَ الْمَقْسُومِ لَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ، وَقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى حِصَصِهِمْ..

يعني: أنَّ القاسم إن كانت له أجرة من بيت المال لم يجز أن يأخذ أجرة من الناس، وظاهره إباحة أخذها إذا لم تكن له أجرة من بيت المال، ومذهب «المدونة» و «العتبية» وغيرهما: الكراهة، ففي باب القسم من «المدونة»[(٣)]: وأكرهُ لقَاسِمِ القاضي والمغنم أن يأخذ على القسم أجراً ؛ لأنهم إنما يفرض لهم في أموال اليتامى وسائر الناس كما أكره

---

(١) سقط من ط .

(٢) في ط : مرتزقين أولا .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٦٨) .

ارتزاق صاحب السوق من أموال الناس.

وفي باب الأذان: وكره مـالك إجارة قسـام القاضي، وكـان ربيعة وخـارجة رضي الله عنهما يُقسِّمان ولا يأخذان جعلاً.

وقوله: (**عَلَى عَدَدِهِمْ**) هو مذهب «المدونة» قال فيها: وسواء في ذلك من طلب القسمة أو أباها، وبقول أشهب قال ابن الماجشون وأصبغ.

الباجي في «وثائقه»(١): وبه جرى العمل.

المتـــيطي: وقال غير واحـد من الموثقين: الأول أظهر وبه القضاء؛ لأن تعبـه في تمييز النصيب اليسير كتعبه في تمييز النصيب الكثير.

وكذلك اختلف في أجرة كاتب الوثيقـة على مذهبين: ففي القسم من «المدونة» في قوم أرادوا أخذ مال عند رجل ويستأجرون من يكتب كـتاباً لهم: فله أجرة عليهم وعليه، وقال أشهبُ نحوه في «الجلاب»(٢).

وفي سماع ابن القاسم: لا يكون على الـذى بيده المال شيء، وقال سحنون: ذلك كله على الذي بيده المال، قال بعض الموثقين: لأنه رأى أن المنفعة له وحدَهُ.

وفي «الجـلاب»(٣): إذا كان لجماعة حق على رجل فكتبوا عليـه كتابا واحدا وسهامهم مختلفة فيه، فأجرة الكاتب بينهم بالسّواء، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة.

الْمَقْسُومُ: هُوَ الْمُشْتَرَكُ عقَاراً أَوْ غَيْرَهُ.

هو ظاهر التصور.

وَيُقْسَمُ كَلُّ صِنْفٍ، مُنْفردا.

يعـني: أنه لا يجوز في قسم القرعة الجـمع بين جنسين أو نوعين متباعدين؛ لأن ذلك غرر، وحكى ابن عبدوس عن أشهب جوازه برضاهم، وهو الذى حكى غيره عنه أنه يوافق على هذا الأصل غير أنه يخالف في مسائل خلافاً في حـال كمسألة «المدونة» فإنه أجاز فيها إذا كانت نخلة وزيتـونة بين رجلين أن يقتـسماها بالقـرعة إذا اعتـدلتا في القسم وتراضـيا

(١) « المنتقى » (٩/ ٥١).

(٢) « التفريع » (٢/ ١٩٧).

(٣) « التفريع » (٢/ ١٩٧).

بذلك، قال فيها: وإن كرها لم يجبرا وإن لم يعتدلا في القسمة [تقاوماهما أو باعاهما، مثل ما لا ينقسم من شجرة أو ثوب أو عبد أو غيره][١].

واختلف في مسألة «المدونة» هذه، فقال سحنون: ترك ابن القاسم قوله: لا يجمع بين صنفين مختلفين.

وقال بعضهم: هي قسمة مراضاة.

ورد بأن اشتراطه الاعتدال [يدل على أنه][٢] في قسم القرعة.

وقال اللَّخْمِيّ: إنما أجاز ذلك فيما قلّ.

ابن راشد: ويحترز في القسم من ثلاثة: الجهالة، والربا، وإتلاف المال.

أما الجهالة: فكما لو ورثا داراً غائبةً فلا يجوز أن يقتسماها.

ابن القاسم: إلا أن توصف لهما، ومنعه سحنون ولو وصفت.

وأما الربا: فكاقتسامها ثمراً أو زرعا قبل بدو صلاحه على شرط التبقية.

وأما إتلاف المال: فكقسمة النخلة الواحدة خشباً أو كقسمة اللؤلؤة، وحكى عياض فيما ينتقص من ثمنه كثيراً، كالياقوتة الكبيرة والجمل النجيب يقسم لحماً - خلافاً: هل يجوز قسمته بالتراضي أم لا ؟

وَتُجْمَعُ الدُّورُ الْمُتَقَارِبَةُ الْمَكَانِ الْمُسْتَوِيَةُ نِفَاقاً وَرَغْبَةً مَهْمَا دَعَا إِلَيهِ أَحَدُهُمْ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا فِي جِهَتَيْنِ مِنَ الْبَلَدِ مُتَسَاوِيَتَيْنِ...

هكذا في «المدونة»[٣] ووجهه ظاهر؛ لأنَّه إذا اجتمع ذلك لو نابَ كلٌّ واحد منهما دار كاملة أو جزء كبير يحصل به الانتفاع التام بخلاف ما إذا قسمت كل دار مفردة، ولا يجوز الجمع عند ابن القاسم إلا بشرطين: التساوي في النفاق، والتقارب.

قال في «المدونة»[٤] كالميل ونحوه، قال فيها: وإن تباعد ما بين كل قريتين أو حائط أو قريح كاليوم ونحوه لم يجمع في القسم وإن اتفق في الكرم والنفاق.

واشترط أشهب شرطاً واحداً وهو التقارب، وقال سحنون: يقول ابن القاسم في الدور

---

(١) سقط من ط .

(٢) سقط من ط .

(٣) «المدونة» (١٤/ ٤٦٥) .

(٤) «المدونة» (١٤/ ٤٦٥) .

ويقـول أشهب فـي الأرضين هكذا ذكر الـلَّخْمِيّ وأبو الحسن هذه الأقـوال، ومـا نسبـاه «للمدونة» هو الذي يؤخذ منها.

ورأى صاحب «البيان»[1] أن مذهب «المدونة»، جواز قسمتها إذا اتفقت في القرب وإن اختلفت في النفاق، قال: ويقوم من «المدونة» قول آخر، وأشار إلى ما ذكرناه.

واعلم أن الشيوخ قد اختلفوا في النقل عن أشهب، ورأيت اختصار ذلك، لأن المصنف لم يتعرض لذلك.

فرعان:

أولهما: اختلف في قسمة العلو والسفل بالقرعة.

الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير، كما لو كانت قيمة أحدهما مائة والآخر تسعين، وتقارعـا على أن من صارت إليه المائة يعطي صاحبـه خمسة ؛ لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق غالبا تساوى القيمة، قاله اللَّخْمِيّ.

قال: وتجـمع الحوانيت بعضـها إلى بعض إذا كـانت في سوق واحد أو سـوقين بشرط تقارب الأغراض ولا تجـمع الديار إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمـامات، وأما جمع الفندق إلى الحمام، فيسأل عنه أهل المعرفـة، فإن رأوا اتفاقهما لم تجمع وإلا جمعت وتجمـع الحوانيت بعـضهـا إلى بعض إذا كانت في سـوق واحد أو سـوقين بشرط تـقارب الأغراض، ولا تجمع الديار إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق وقد يستحق جمع الحوانيت كدور الغلة، انتهى بمعناه.

إِلا أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً مَعْرُوفَةً بِسُكْنَاهم فَتُفْرَدُ إِنْ تَشَاحُّوا فِيهَا.

هذا استثناء من قوله: **(وَتُجْمَعُ الدُّورُ)** أي: تجمع إلا أن يهلك الرجل الشريف وله ولد ويترك دار سكناه وغيرها فتشاح الورثـة في تلك الدار، فإنها تقسم بينهم إن حملت القسم ثم يقسم غيرها على ما تقدم.

وهكذا قال ابن حـبيب في «واضحـته» ونحوه في «المدونة»، لكـن حمل ابن أبي زمنين «المدونة» على ما إذا لم يكن للمـيت غير دار سكناه، قال: ولو كـان معها غيـرها لجمعت للقسم، ولا كلام للمنازع خلاف ما قاله ابن حبيب، وإلى هذا التفسير ذهب أبو عمران.

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ١٠٦) .

ابن عبد السلام: والأكثر ممن لقيناه على ما في «الواضحة» وهذه المسألة وقع اضطراب في لفظها في «المدونة».

وَكَذَلِكَ الْقُرَى وَالْحَوَائِطُ وَالأَقْرِحَةُ يُجْمَعُ مَا تَقَارَبَ مَكَانُهُ - كَالْمِيلِ وَنَحْوِهِ - وَتَسَاوَى فِي كَرْمِهِ وعُيُونِه، بِخِلافِ الْيَوْمِ...

أي: وكذلك تجمع القرى والحوائط، وما ذكره في حد القرب والبعد ونحوه في «المدونة» وقد تقدم.

ابن رشد: قيل: القرب الميلان ونحوهما، وقال أبو عمر الإشبيلي وابن عتاب: العشرون ميلاً قريب، ولابن حبيب في «الواضحة»: الثلاثون ميلا قريب.

عياض: والأقرحة: الفدادين واحدها قراح بالفتح مثل زمان وأزمنة، وفي «المدونة»[1]: واحدها قريح، ولا يبعد صوابه إن سمع كقفيز وأقفزة، وبعير وأبعرة.

وقال الخليل: القراح من الأرض كل قطعة على حيالها من منابت الشجر ونحو ذلك، وقال ابن دريد: القراح من الأرض ما خلص طينه، وقال الجوهري[2]: هي المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب لاستعمال الفقهاء.

قال ابن الأنباري عن أبي حاتم في لحن العامة: فدان بالتخفيف، والجمع أفدنة، ولا يقال: بالتثقيل، وحكاه غيره مشدداً.

وقوله: (فِي كَرْمِهِ وعُيُونِه) يحتمل عيوبه بالباء من العيب، ويكون مقابلاً للكرم، ويحتمل بالنون، وهو الذي يؤخذ من «المدونة»[3]؛ لأن فيها: وإن ورث قوم أراضي وعيوناً كثيرة فأراد بعضهم قسم كل عين وأرض، وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك فإن استوت الأراضي في الكرم - أي: في الجودَة - وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها جمعت، وإن اختلفت الأرض في الكرم والعيون في الضرر قسمت كل أرض وعينها على حدة.

والواو في قوله: «والعيون» بمعنى أو، وقاله أبو الحسن.

---

(١) «المدونة» (١٤/ ٤٦٤).

(٢) «الصحاح» (٢/ ٦٩).

(٣) «المدونة» (١٤/ ٤٦٤).

اللَّخْـمِيّ: وعلى هذا لا يجمع البعـل مع ذات العين ولا ذات البئر، ولا ذات عين من ذات بئر، قـال: ولا تخلو الأوطان من ستـة أوجه: إما أن تكونا بعـلاً لا سقي لهـما، أو سقيهـما معاً بالعيون، أو سقـيهما بالقرب، أو أحدهما بالبـعل، والأخرى بالعين أو بالبئر وبالقرب، فعلى قول ابن القاسم: لا يجمعان إلا أن يتساويا، وقال أشهب: لا يجمع البعل مع السـقي، وهو مثل قـول ابن القاسم، وروى ابن وهب عن مـالك أنه يقسم البـعل مع العيون، ولا يقسم البعل مع النضح إلا برضا أهله، ولا وجه لهذا البعل والنضح أقرب من البعل مع العين، انتهى.

وقال البـاجي(١): جوز في «الموطأ» أن يقسم البعل مع ما يسـقى من العيون سَيْحاً من غير نَضْحٍ، وهو مشـهور المذهب، ووجهه أنهما يزكيان بـالعشر بخلاف النضح الذي يزكي بنصف العشر، وروى نحوه ابن وهب عن مالك في «المجموعة».

وفي ««الواضحـة»»: لا يجمع البعل مع السـقي ومثله في سماع أشـهب، ابن زرقون: ولا خلاف أنه لا يجمع النضح مع البعل ولا مع السيل إلا على رواية النخلة والزيتونة.

وَلَوْ كَانَ كُلُّ صِنْف مِنْ رُمَّان وتُفَّاح وغَيْره عَلَى حِـدَة قُسِمَ إِن انْقَسَمَ بخلاف حَائط فيهَ أَشْجَارٌ مُخْتَلفَةٌ أَوْ نَخْلٌ مُخْتَلفَةٌ فَإِنَّه يُقْسَمُ مُجْتَمعاً وكَذَلِكَ أَرْضٌ فيهَا شَجَرٌ مُتَفرِّقَةٌ...

(**عَلَى حِدَةٍ**) أي في حائط واحد لقوله: (**بِخِلاَف حَائطٍ**... إلى آخره).

وحاصله أن الحائط الواحد يقـسم بالقيمة ولا يفرق سواء كانت فيـه أشجار أم لا، قال في «المدونة» (٢): كالتُّفاح والرُّمَّان والأترنج وغيره أو أنواع من الجنس الواحد، وإليه أشار بقوله: (**أَوْ نَخْلٌ مُخْتَلِفَةٌ**) قال في «المدونة»: كالبُرْني والصيحاني والجعرور وأصناف التَّمرِ.

قال سحنـون: وما في «المدونة» من جمع الحائط المخـتلف في القسم استحـسان للرفْق لاجتماع السهم، وإذا كرهه هكذا حكى الباجي(٣) عنه.

وحكى ابن يونس عنه فـقال: لا يقـسم الجنان المخـتلفة الثـمار إلا بالتـراضي، وظاهر «المدونة» أنه يقـسم الرديء مع الجـيد، ألا ترى أنه قـال: يجمع الـصيـحاني والبـرني مع

(١) «المنتقى» (٦/ ٥٣).
(٢) «المدونة» (١٤/ ٤٦٦).
(٣) «المنتقى» (٦/ ٥٤).

[الجعروري][1]، وظاهر ما في «المجموعة» أنه يقسم كل نوع على حدة، كذلك ظاهر ما حكاه ابن يونس عن سحنون من أنه لا يجوز إلا بالتراضي.

قوله: (وَكَذَلِكَ أَرْضٌ فِيهَا شَجَرٌ مُتَفَرِّقَةٌ) نحوه في «المدونة»[2] في القوم الذين ورثوا أرضاً بها أشجار، هنا شجرة وهنا شجرة، وأرادوا قسمتها، قال فيها: فليقتسموا الأرض والشجر جميعا، إذ لو قسموا الأرض على حدة لصار لكل واحد شجر في أرض صاحبه.

وَلا يُقْسَمُ مَجْرَى الْمَاءِ جَبْراً

هكذا في «المدونة»[3] في القوم الذين ورثوا قرية ولها عين إنهم يقتسمون القرية ولا يقتسمون مجرى الماء، ويكون لهم في الماء على قدر مواريثهم بالقلَد، وقال: جبراً؛ لأنهم إن تراضوا جاز قسْمه.

وَالْبَزُّ كُلُّهُ صِنْفٌ، وَتُضَمُّ إِلَيْهِ ثِيَابُ الصُّوفِ وَالأَفْرِيَةِ إِذَا لَمْ تَحْمِلِ الْقِسْمَةَ، وَقِيلَ: أَصْنَافٌ، فَالْقُطْنُ وَالْكَتَّانُ صِنْفٌ، وَالْحَرِيرُ وَالْخَزُّ صِنْفٌ، وَالصُّوفُ وَالْمِرْعِزَّي صِنْفٌ، وَيُقْسَمُ الْمخِيطُ مَعَ غَيْرِهِ...

(الْبَزُّ) بفتح الباء، وأطلقه في الكتاب على ما يلبس سواء كان صوفاً أو خزا أو كتاناً أو قطناً أو حريراً، مخيطاً أو غير مخيط.

خليل: وعلى هذا أجرى المصنف، ألا ترى إلى التفصيل في القول الثاني.

الجوهري[4]: والبز من الثياب متاع البزاز.

عياض: وقال صاحب «العين»[5]: البز ضرب من الثياب، وقال ابن دريد: البز متاع البيت خاصة.

والقول الأول من كلام المصنف مذهب «المدونة»، لكنه أطلق في موضع جمع هذه الأشياء، وقال في موضع آخر: هذا ما لم يحمل كل صنف منها القسمة، وجعل ذلك

---

(١) في ط: الجعرور.

(٢) «المدونة» (١٤/ ٤٦٦).

(٣) «المدونة» (١٤/ ٤٧٢).

(٤) «الصحاح» (١/ ٤١).

(٥) «العين» (٧/ ٣٥٣).

اللَّخْمِيّ وغيره على الخلاف، والقول بأنه أصناف لابن حبيب ومطرف وابن الماجشون.

ابن حبـيب: والديباج صنف لا يضم مع الحرير، قال: وثياب القطن والكتان صنف يقسم بالسهم إذا اعتدلت بالقيمة، وإن كان بعضها قميصاً وبعضها أردية، وبعضها عمائم، وبعضها جباباً.

ولأشهب في «المجموعة» كلَّما جاز أن يسلم واحد في اثنين إلى أجل فلا يجمع في القسم، وما لا يجوز فيه فهو صنف يجمع في القسم.

سحنون: وهو الصحيح.

(وَيُقْسَمُ الْمخيطُ مَعَ غَيْرِهِ) ابن عبد السلام: هو ظاهر الروايات ونص في بعضها.

وقال ابن حبيب: لا يضم فراء معلومة إلى فراء غير معلومة، وقيل: لا يجوز جمع الثياب ولا غيرها من العروض والعبيد في القسمة بالقرعة إلا الدور والأرضين.

وَالْخَيْلُ والْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ أَصْنَافٌ

فلا تجمع في القسم، وقد تقدم في السَّلْم أنَّ البغال والحمير صنف لا يسلم أحدهما في الآخر، وقد تقدم الجواب عن المعارضة بأنه احتياط في الوجهين، [وحصل][1] في «المقدمات»[2] في قسمة البغال والحمير ثلاثة أقوال:

الأول: أنهما لا يجمعان في القسمة أصلا.

والثاني: مقابله.

والثالث: يجمعان إن لم يحتمل كل صنف القسمة على حدة.

وَلا يُقْسَمُ التَّمْرُ مَعَ أُصُوله، ولَوْ كَانَ بَلَحاً أَوْ طَلْعاً وَيُتْرَكُ حَتَّى يَحِلَّ بَيْعُهُ، وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ مَعَ الأَرْضِ؛ لأَنَّهُ طَعَامٌ وَأَرْضٌ بِطَعَامٍ وَأَرْضٍ...

تصور المسألة وتعليلها ظاهر من كلامه، وكلامه في «المدونة» قريب من كلام المصنف؛

---

(١) في ط : وجعل .

(٢) « المقدمات » (٣/ ٩٧) .

لأنه قال (١): وإذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر، فلا يقسموا الثمار مع الأصل، وإن كانت الثمار بلحاً أو طلعاً، ولا يقسم الزرع مع الأرض، ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة والزرع حتى يحلّ بيعهما فيقسمون ذلك حينئذٍ كيلاً أو يبيعونه ويقتسمون ثمنه.

ابن يونس: وأسقط سحنون الطلع، وقال: إذا كان فيها طلع لم يجز قسمتها بحال؛ لأنهما وإن لم يستثنيا شيئا فهو طعام مؤخر.

اللَّخْمِيّ: وإن كان في النخل تمر لم يؤبَّر لم يجز القسم بحال؛ لأن المقاسمة تقتضي دخول الطعام في القسم، وذلك آيل إلى طعام بطعام، كما قال مالك في من باع حائطاً وفيه ثمر لم يؤبَّر بقمح نقداً أو إلى أجل: لا خير فيه؛ فراعى ما يؤول إليه.

اللَّخْمِيّ: وإن كانت الثمرة مأبورة أو بلحاً صغيراً أو كبيراً أو زهواً كانت المقاسمة جائزة إذا لم تدخل الثمار في القسم، وإن دخلت في المقاسمة لم يجز، وقيل: يجوز إدخالها في المقاسمة بشرط أن لا يبلغ إلى حد يحرم فيه التفاضل.

[وخرج اللَّخْمِيّ قولاً بالجواز، ولو بلغت إلى حد يحرم فيه التفاضل](٢).

وَلا يُقْسَمُ شَيْءٌ مِمَّا فِي أُصُولِ الشَّجَرِ بِالخَرْصِ عَلَى المَنْصُوصِ وَكَذَلِكَ البَقْلُ القَائِمُ إلا التَّمْرَ وَالعِنَبَ إِذَا حَلَّ بَيْعُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِمَا، فَإِنَّ أَمْرَ النَّاسِ مَضَى عَلَى الخَرْصِ فِيهَا خَاصَّةً...

المنصوص مذهب «المدونة»: لا يخرص إلا التمر والعنب، إذا اختلفت حاجة أهلهما بأن طلب أحدهم البيع والآخر الأكل ونحو ذلك.

وقد تقدم في الزكاة سبب اختصاص الخرص بهما، وأشار بمقابل المنصوص إلى ما رواه أشهب عن مالك في «العتبية»(٣) و «المجموعة» أنه قال: لا بأسَ بِقَسْمِ جميع الثِّمار إذا اختلفت حاجة أهلها، ونقل ابن حبيب عن مالك - وغيره من الأصحاب إلا ابن القاسم- أنه يقسم مدّخر الثمار كلها، والمشهور قصره على التمر والزبيب، وأشهب عدّاه لكلّ ما لهُ أصل، وابن حبيب: كل مدخر، وقد قدمنا غير مرة أن المصنف لم يطرد له في مقابل

---

(١) «المدونة» (١٤/٤٦٦).

(٢) سقط من ط.

(٣) «البيان والتحصيل» (١١/١١٩).

المنصوص قاعدة.

وقـوله: (وَكَـذَلِكَ) أي: لا يقسم على المشهور، وقـال أشهب: يقسم إذا بدا صلاحه وجاز بيـعه، قال: وليـس هذا مثل الزرع ؛ لأن الزرع يدخله التفـاضل ولا يحاط به كـما يحاط بالثمار بخلاف البقل.

وأبقى سحنون المشهور على إطلاقه في منع القسم، وأنكر ذلك ابن عبدوس وتأوله على ما إذا كانت القسمة على التأخير، وأما على الجذاذ فيجوز.

وقوله: (إِذَا حَلَّ بَيْعُهُمَا. .إلى آخره) يعني أنه إنما يجوز الخرص فيما يخرص بشرطين:

أولهما: أن يحل بيعه، وكذلك ذكر هذا الشرط في «المدونة» وغيرها.

وانظره مع إجازته فيها قسم البلح.

ولهذا قـال بعضهم: إنه تناقض، قـيل: ولعلهم إنما اشترطوا الـطيب هنا ؛ لأنه يجوز تأخيره بعد القسم إلى أن يصير تمراً ولا يبطل القسم بخلاف البلح.

وثانيهما: أن تختلف حاجة أهله كما لو أراد أحدهما البيع والآخر اليبس ؛ إذ لو اتفقت الأغراض لما كان القسم في رؤوس الشجر.

فائدة:

فضل وأبـو عمران وابن يونـس اللخمي وغـيرهم: ويجوز أيضـاً القسم إذا قـصد كل الجذاذ، ولكن كان عيال أحدهما أكثر، ويتنزل ذلك منزلة اختلاف الأغراض المتباينة.

وزاد الباجي[1] شرطاً ثالثاً: أن يكون المقسوم يسيراً ؛ لأن مالكاً كرهه في الكثير جداً، ورأى أنه لا تختلف الحاجة إليه في اليسير، فعلى هذا يرجع هنا الشرط إلى الثاني.

ورابعـاً: إن تساوى طيبه بأن يكون المقسـوم كله بسراً أو رطباً، فلو كان منه بسر ومنه رطب قسم كل نوع على حدة، ونص أشهب عليه.

وخامساً: أن تكون المقاسمة بالتحري في الكيل.

وسـادسـاً: أن يقسم بالقـرعة، وزاد غيـره: وأن تكون في الرطب أو البسر لا التـمر يقتسمانه كيلاً، ولا يضر اختلاف النوع، فيجوز قسمه وفيه العجوة والصيحاني وغير ذلك.

---

(١) « المنتقى » (٦/ ٥٨) .

كذلك أنواع الزبيب إلا أن يأبى أحدهم فيقسم كل واحد منفرداً.

وَيَسْقِي صَاحِبُ الأَصْلِ وإِنْ كَانَتِ الثَّمَرَةُ لِغَيْرِه كَبَائِعِ الثَّمَرَةِ

يعني: إذا اقتسما الثمرة للحاجة ثم اقتسما الأصول فوقع نصيب هذا من الثمرة في أصل هذا، فإن صاحب الأصل يسقي أصله وإن كانت الثمرة لغيره وهذا مذهب «المدونة»؛ لأن القسمة كالبيع، ومن باع تمراً فسقيها على صاحب النخل.

وقال سحنون: السقي هنا على صاحب الثمرة ؛ لأن القسمة تمييز حق ولو كان كالبيع لما كان عليه أن يسقي من الثمرة إلا نصف ما في نخله ونصف ما في نخل صاحبه على صاحبه أن يسقي النصف من النصفين جميعاً، ويبين لك الفرق أن البيع فيه الجائحة، ولا جائحة في القسمة.

فرع:

إذا باع أصل حائطه دون الثمرة فالسقي على البائع ؛ لأن المبتاع لا تسلم إليه حتى يجذ البائع ثمره، قاله مالك وسحنون، وقال المغيرة: السقي على المشتري ؛ لأنه يسقي نخله فتشرب ثمرة هذا.

وَيُقْسَمُ أَيْضاً الْبَلَحُ الْكَبِيرُ وَإِنْ كَانَ رِبَوِيًّا عِنْدَ اخْتِلَافِ حَاجَتِهِمْ فِي أَكْلِه بَلَحاً أَوْ بَيْعِه بَلَحاً، فَإِنْ تُرِكَ شَيْءٌ مِنْهُ حَتَّى يُزْهِيَ بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ بِخِلَافِ الرُّطَبِ يُتْرَكُ حَتَّى يُتْمِرَ...

ذكر هذا لأنه كالاستثناء من قوله: (إِذَا حَلَّ بَيْعُهُمَا) وما ذكره المصنف وهو كقوله في «المدونة»(١): والبلح الكبير إذا اختلفت حاجتهم فيه ؛ كأن يأكل هذا بلحاً ويبيع الأرض بلحاً جازت قسمته بالخرص، وهذا كالبسر في تحريم التفاضل فيه، ومن عرف ما صار له منه فهو قبض وإن لم يجذه، وإن جذّه بعد يومين أو ثلاثة أو أكثر جاز ما لم يتركه حتى يزهي، فإن ترك أحدهما حصته أو تركاه جميعاً حتى أزهى بطل القسم ؛ إذ لا يجوز بيع ذلك حتى يزهي، ولم يرَ سحنون هذا اختلاف حاجة إذا كان أمرهم يرجع إلى الجذّ ؛ لأن الذي يأكل يجذ والذي يبيع [يجذ ولا يتركه](٢) لأن تركه يبطل القسمة.

اللَّخْمِيّ: والأول أصوب ؛ لأن المشتري يجذُّ نصيبه مرة أو مرتين ليدرك بها الأسواق،

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٥٠) .

(٢) في ط : على الجذ يتركه .

والآخر يجذ شيئاً فشيئاً.

ويجوز أيضا قسمته وإن لم يبعْ واحد منهما إذا اختلفت حاجتهما لفضل عيال أحدهما على الآخر، نص عليه غير واحد كما تقدم.

وقوله في «المدونة»(١): فإن ترك شيئا منه حتى أزهى قاس ذلك على البيع.

عياض: وما ذكره من جواز ترك الرطب حتى يثمر موافق لما في التجارة من كتاب البيوع الفاسدة، خلافاً لما في كتاب الجائحة أي في مسألة القول الأخص.

قال بعض القرويين: ولو أكل أحدهما نصيبه من هذا البلح وترك الآخر نصيبه حتى صار بلحاً كبيراً لم ينتقض القسم؛ لأن بيع صغير بكبيره متفاضلاً جائز سواء كان اقتسامهما على التفاضل أم لا.

ابن يونس: ونقل أبو محمد مسألة: «إذا أكل أحدهما جميع حظّه وبقِيَ الآخرُ حتى صارَ بلحاً كبيراً من «المجموعة» عن ابن القاسم، وقال فيها: إذا كانا اقتسماه على غير تفاضل أو كان إذا كبر لا يتفاضل فجائز.

ابن يونس: وهذا النقل فيه نظر فانظر الأصل.

ابن عبد السلام: الذي عندنا في نسخة من «النوادر» على ظاهرها ما يدل على أنها قرئت على الشيخ أبي محمد؛ إذ العطف بالواو لا بـ(أو) في قوله: «على غير تفاضل» أو كان، وهو معنى ما في «المدونة» فتأمله.

فرع:

قال في «المدونة» (٢): ولا بأس بقسم البلح الصغير بالتحري على أن يجذَّاه إذا اجتهدا حتى يخرجا من وجه الخطأ، وإن لم تختلف حاجتهم إليه، وإن اقتسماه وفضل أحدهما صاحبه بأمر يعرف فضله جاز ذلك كما يجوز في البلح الصغير.

وتركنا ما يتعلق بهذه المسألة وغيرها لعدم تعرض المصنف لذلك.

---

(١) «المدونة» (١٤/ ٤٧٢).

(٢) «المدونة» (١٤/ ٤٧٢).

الْمَقْسُومُ لَهُمْ: الشُّرَكَاءُ، وَيُجْبَرُ مَنْ أَبَى الْقِسْمَةَ.

أما أن المقسوم لهم الشركاء فمعلوم بالضرورة، ويجبر على القسمة من أباها من الشركاء إذا لم يكن في القسم ضرر، فإن كان فيه ضرر، فقد بين ذلك بقوله:

وَفِي الْجَبْرِ فِي مَا قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ كَالْحَمَّامِ وَالرَّحَى رِوَايَتَانِ

يعني: كالبئر والمسرح والجدار، واحتج مالك للقسم بعموم قوله تعالى: ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ [النساء:٧] وبالرواية الأخرى قال ابن القاسم وجمهور الأصحاب المدنيين والمصريين.

اللَّخْمِيّ: ولو قيل: يمنع قسم الحمام، ولو رضيا كما يمنع قسم اللؤلؤة والياقوتة لكان وجهاً.

وَفِي الْحِصَّةِ الْيَسِيرَةِ لا تَصْلُحُ لِلسُّكْنَى ثَالِثُهَا: يُجْبَرُ لِصَاحِبِهَا خَاصَّةً

يعني: إذا كان المشترك من دار ونحوها يقبل القسمة إلا أن لبعض الشركاء حصة يسيرة لا ينتفع بها بعد القسم فثلاثة أقوال:

الأول: لمالك وابن كنانة: أنه يقسم.

الثاني: لمالك واختار ابن القاسم أنه لا يقسم، قال في «الجواهر»[1]: والأول أشهر عن مالك.

الثالث: لعيسى بن دينار ومطرف، فإن طلب ذلك صاحب الحصة اليسيرة قضى له وإلا فلا.

وفي «المقدمات»[2] رابع بعكس هذا، قال صاحبها: والذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من المساحة والبيوت مما ينتفع به ويشترى به عن صاحبه، وقيد الخلاف بوجهين:

أولهما: أن تكون الدار للقنية أو من ميراث، وإن كانت للتجارة لم تقسم بالاتفاق؛ لأن فيها نقصاً للثمن، وهو خلاف ما دخلا عليه.

---

(١) «الجواهر» (٢/٧٨٩).

(٢) «المقدمات» (٣/٩٩).

ثانيهما: إنما هو في قسمة القرعة، وأما قسمة المراضاة والمهايأة فلا يجبر عليها من أباها؛ لأنهما راجعان إلى البيع والإجارة والإنسان لا يجبر عليهما.

فرع :

وإذا اقتسم الشريكان الدار ولم يشترطا أن يقيما بينهما حاجزاً فلا يحكم بذلك عليهما، ويقال لمن دعا إلى ذلك: استر على نفسك إن شئت، وإن اشترط ذلك أخذ من نصيب كل واحد نصف بناء الجدار، وإن كان أحدهما أقل نصيباً من الآخر، قاله في «المقدمات»[(١)].

وَيُجْبَـرُ مَنْ أَبَى الْبَيْعَ فِي مَـا لا يَنْقَسِمُ لِمَنْ طَلَبَـهُ إِذَا كَانَتْ حِصَّـتُهُ تَنْقُصُ مُـفْرَدَةً لِدَفْعِ الضَّرَرِ كَالشُّفْعَةِ...

يـعني: أن كل ما لا يحكم فيه بالقسـمة من ربع أو حيوان أو عرض إذا طلب أحدهم البيع وأبى غيره أجبر الآبي على البيع إذا كانت حصة من طلب البيع تنقص بالبيع وإنما جبر لدفع الضرر.

وقوله: (**كَالشُّفْعَةِ**) أي كما أوجبنا الشفعة لدفع الضرر، فكذلك أوجبنا على الآبي البيع إذاً لدفع الضرر، وهكذا قال ابن شاس[(٢)] ونحوه لابن رشد [(٣)]؛ لأنه قال: إذا كان الربع للغلة لم يجبر من أبى البيع عليه ؛ لأن رباع الغلة لا ينتقص ثمن بعضها إذا بيع مفرداً عن بيعه مع الجملة، ثم ربما زادت رغبته في شراء البعض على الكل بخلاف دور السكنى.

وقوله: «بخـلاف دور السكنى» هو كقـول المصنف، وما ذكره في دور الـغلة يؤخذ من كلام المصنف ؛ لأنها لا تنقص.

وأشار عـياض إلى أن هذا إنما هو فـيـما اشتُرِيَ جـملة أو ورث أو اشتُرِيَ للقنيـة، وأما المشترى للتجارة فكما قال اللخمي: إنه لا يجبر في ذلك على القسمة ولا على البيع ؛ لأنه اشترى مشاعاً، فكذلك يبيع.

والأكثر على ما قال المصنف من مراعاة نقص الثمن.

وذهب ابن لبابة وابن عتاب إلى أن المعتبر إنما هو قصد الاستبداد وغيره من المقاصد دون

---

(١) « المقدمات » (٣/ ١٠١) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٧٨٨) .

(٣) « المقدمات » (٣/ ١٠٣) .

بعض الثمن.

والمذهب في هذا البيع إذا وقت على ثمن بعد أن نودي على جميعه أنه لمن أراد من الشريكين أخذه بذلك الثمن سواء كان الطالب للبيع أو لا، وبه القضاء.

وقال أحمد بن نصر الداودي: ليس التمسك إلا لغير طالب البيع، وحيث حكمنا لمريد البيع بالتمكين منه فهل تخلى الدار والحانوت وغيرهما لذلك أو يكتفى بإلزام الساكن أنه لا يمنع من أراد التقليد من الدخول؟ قولان.

ابن عبد السلام: وأخبرني بعض قضاة بلدنا أنه لا يحكم بالإخلاء في الحوانيت وشبهها ويحكم في الدور ونحوها.

فَلَوْ ظَهَرَ عَيْبٌ فِي وَجْهِ نَصِيبِهِ وَلَمْ يَفُتِ الْبَاقِي فَلَهُ رَدُّ الْجَمِيعِ، فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ بِبَيْعٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ بِنَاءٍ رَدَّ نِصْفَ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ وَبَقِيَ الْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِهِ رَدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ قِيمَتِهِ وَكَانَ السَّالِمُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِمَّا فِي يَدِهِ ثَمَناً، وَبَقِيَ الْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ سُبُعُ مَا بِيَدِهِ أَخَذَ قِيمَةَ نِصْفِ سُبُعِ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ...

الطوارئ على القسمة خمسة: العيب، والاستحقاق، والدين، وظهور وارث، وظهور موصى له، وتكلم عليها أولاً فأولاً، ووجه النصيب أكثره عند ابن القاسم، والنصف عنده القليل، وقال أشهب: كالكثير.

وقوله: (**وَلَمْ يَفُتِ الْبَاقِي فَلَهُ رَدُّ الْجَمِيعِ**) أي من معيب وغيره، وتنقض القسمة، ويحتمل أن يريد بالباقي جميع نصيبه ونصيب شريكه، ويكون راجعاً إلى جميع المقسوم، ويدل عليه قوله: (**فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ**... إلى آخره) ومعناه أنه إذا فات ما بيد صاحبه رد من لم يظهر في نصيبه عيب قيمة نصيبه السالم وبقي المعيب بينهما، وكذلك إن فات النصيبان معاً فيرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادتُه قيمة السالم على قيمة المعيب.

وقوله: (**يَوْمَ قَبْضِهِ**) نحوه في «المدونة»[1]، وهو ظاهر إن كان القبض يوم القسمة وإلا فقد يقال: البيع هنا صحيح فتلزم القسمة، وقد يقال: لما انتقضت القسمة انتقض البيع،

(١) «المدونة» (١٤/٤٧٥).

وهذا ظاهر الرواية، إلا أنه لا يكون الضمانُ إلا يوم القبض.

وذكـر المصنف من المفـوتات البـيع والهدم والـبناء وأنه يرد نصف القـيمـة ونحـوه في «المدونة»، وأمر بطرح البيع قال: وقد قال قبل هذا: إذا أصابَ عـيباً وفات ما أخذ صاحبه ببيع أنهم لا يردون الثـمن، وكذلك نقل عنه هنا، وهل يحصل الفـوت بحوالة الأسواق ؟ وهو مذهب ابن حبيب ؛ لكنه استثنى الدور والأرضين.

الشيخ أبو محمد: وفوت المعيب بحوالة الأسواق ليس بقول مالك.

وقوله: (**فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِهِ**) أي: ما بيد صاحب المعيب رد على صاحبه وهو الذي بيده السالم نصف قيمته أي المعيب، وكان السالم بينهما.

وقوله: (**فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ**) هذا قسيم قوله في صدر المسألة: (**فَلَوْ ظَهَرَ عَيْبٌ فِي وَجْهِ نَصِيبِهِ**) ودخل في قـوله: (**فِي غَيْـرِ وَجْهِهِ**) الأقل والنصف على قـول ابن القاسم، يعني: وإن لم يكن المعيب ظهر في الجل فإنه يرد المعيب.

قـال في «المدونة»[1]: ولم يرجع في ما بيد شـريكه وإن لم يفت إذ لم ينتقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صـاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ، وهذا هو الذي قصده المصنف.

وقوله: (**رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَـعِيبِ**) فيه حذف مضافين ؛ أي: بمثل نصف قيمة المعيب من الصحيح، وهذا هو المشهور.

وقال أشـهب في مسألة الأقل: يرجع صاحب العـيب شريكاً مع الأخذ السـالم بالقدر الذي وجب له الرجوع به، وقال محمد: إذا استـحق ما بيده شيء انتقض القسم ولم يفرق بين قليل وكثير.

ابن عـبد السلام: وقول محمد: وإن كان مـوضعه ما يأتي لكن له تعلق بهذا الموضع وفي هذا الفصل ذكره اللَّخْمِيّ.

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٦٠) .

وَإِنْ اسْتُحِقَّ بَعْضٌ مُعَيَّنٌ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْعَيْبِ، وقَالَ مَالِكٌ: إِلا أَنْ يَكُونَ كَثِيراً وَلَمْ يَفُتِ الْبَاقِي فَلَهُ أَنْ يَكُونَ شَرِيكاً لِصَاحِبِهِ، بِقَدْرِ نِصْفِ ذَلِكَ مِمَّا فِي يَدِهِ...

هذا هو الطارئ الثاني، واحترز بالمعين من الشائع، فإنه لا كلام لأحدهما على الآخر لتساويهما.

(**فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْعَيْبِ**) أي: فإن استحق وجه نصيبه انتقض القسم، وإذا لم ينتقض رجع على شريكه بنصف قيمة ما استحق من يده كما تقدم، وقال مالك كقول ابن القاسم: إلا أن يكون المستحق كثيراً ولم يفت الباقي فلا ينتقض القسم جبراً، ولكن يكون الخيار في ذلك للمستحق من يده في تمسكه بما بقي بيده ويرجع بمثل نصف المعيب من السالم كاليسير.

وقال محمد: إذا استحق مما في يد أحدهما شيء انتقض القسم ولم يفرق بين قليل ولا غيره، وظاهر ما حكاه اللَّخْمِيّ عن أشهب أنه لا ينتقض القسم باستحقاق معين قليلاً كان أو كثيراً، وبذلك صرح غيره عن أشهب، فيتحصل في المسألة أربعة أقوال.

وقد نسب فضل لابن القاسم مثل قول أشهب، هذا لأنه اختلف قول ابن القاسم في «المدونة»، فقال مرة: إن كان المستحق كثيراً انتقضت القسمة كلها، وقال مرة: يرجع بنصف قيمته ذلك فيشاركه به صاحبه.

قال أيضاً: واختلف قوله في اليسير، فقال مرة وهو الأكثر من قوله له: إنه يرجع بقيمة ما يقابله من الذي في يد صاحبه، وقال مرة: يرجع بقدره شريكاً.

وقال غيره: والمشهور من قول ابن القاسم أن المستحق إذا كان كثيراً انتقضت القسمة، وإن كان يسيراً رجع بقيمته.

واعلم أنه وقع في «المدونة» في مسائل العيب والاستحقاق ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة لذلك اضطربت آراء الشيوخ في فهمها، والذي حققه بعضهم أن المعلوم من مذهب ابن القاسم أن الثلث كثير يرد به في القيم، وأن القسمة تشاركه في عدم الرد باليسير، كالربع فما دونه، وأن المستحق إن كان النصف والثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم.

ابن يونس: وهذا التحصيل حسن، ليس في الباب ما يخالفه إلا في مسألة الدار يأخذ

أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها، فيستحق نصف نصيب أحدهما، قال: يرجع بربع قيمة ذلك مما بيد صاحبه، ولو قال: ربع ما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل، ولم يكن في الكتاب تناقض.

وقد رويت هذه المسألة على الوجه الذي تستوى به هذه المسائل.

وَلَوْ طرأ دَيْنٌ وامْتَنَعُوا أَوْ أَحَدُهُمْ مِنْ وَفَائِه فُسِخَتْ

هذا هو الطارئ الثالث، و(فُسِخَتْ) القسمة إذا امتنعوا من الوفاء ؛ لأن الدين مقدم على الميراث، وإذا رضوا بالوفاء لم يفسخ ؛ لأن صاحب الدين إنما له الحق في دينه لا في فسخ القسمة ، وهذا متفق عليه إن جهلت الورثة الدين.

واختلف إن علموا، فلمالك في «الموازية»: القسمة منتقضة سواء رضوا بقضاء الدين أم لا ، واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، ورأى أن القسمة تعلق بها حق الله تعالى، وقيل: القسمة جائزة إن رضي الجميع بقضاء الدين وإن اختلفوا فأراد بعضهم نقضها وأبى ذلك بعضهم نقضت وهو ظاهر المذهب.

وقد يفهم كلام المصنف على ما في «الموازية» لقوله: طرأ فإن مفهومه الفسخ إذا علموا.

وَمَا تَلِفَ بِسَمَاوِي فَهَدَرٌ

أي: وما تلف بيد الورثة بسماوي فلا شيء عليهم ؛ لأن غاية صاحب الدين أن يكون كالمستحق ولا شيء على المستحق منه فيما تلف بسماوي.

وَيَمْضِي بَيْعُهُمْ بِغَيْرِ مُحَابَاةٍ، وَيُوَفَّى دَيْنُهُ مِمَّا وَجَدَ وَيَتَرَاجَعُونَ

يعني: ولا مقام لرب الدَّيْن في نقض البيع.

فإن قيل: هلا جعلتم له نقض البيع كالاستحقاق ؟

قيل: ليس هو مستحق حقيقة؛ لأن المستحق يتعلق حقه بعين الشيء المستحق، وحق الغريم إنما يتعلق بالتركة من حيث هي، ألا ترى أنه لو تطوع أحد بالدين لما كان لصاحبه مقال.

قوله: (**بِغَيْرِ مُحَابَاةٍ**) **ابن راشد:** لأن المحاباة هبة، واختلف هل يلزمهم وفاء الدين إذا أحدثوا هبة أو صدقة أو عتقاً ، فقال ابن القاسم: يضمنون الدين بالبيع والهبة والعتق ولا

يرجعون على الموهوب له بشيء، وقال أشهب وسحنون: لا يضمنون ويرجع صاحب الدين على الموهوب له بشيء.

قال في «المقدمات»(١): وفي «المدونة»(٢) ما يدل على القولين ولا خلاف أن الورثة يضمنون ما أكلوه واستهلكوه عمداً ويلزمهم أن يؤدوا ذلك، واختلف في استهلاكهم خطأً.

قوله: (ويُوَفَّى دَيْنُهُ) أي: إذا قلنا: هلك بإمضاء البيع فباع أحدهم فإن الغريم يأخذ جميع حصته من الموجود ثم يتراجعون فيرجع من أدَّى على من لم يؤدِّ.

فرع:

فإن ادعى أحد الورثة تلف ما أخذه من العين والطعام والإدام ولم يقم بينة لم يصدق، واختلف إذا قامت لهم بينة على الضياع، فقال ابن القاسم: لا شيء عليهم، وقال أشهب: يضمنون، وهو أصله في العواري.

وحكى في «البيان»(٣) قولاً ثالثاً ببراءته في العين دون الطعام والإدام، وقال: ولا خلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضامن إلا أن تقوم البينة على تلفها، ولا في الحيوان الذي لا يغاب عليه أن يصدق في تلفه.

وَقَالَ سحْنُونٌ: لا يُفْسَخُ وَيُبَاعُ مِمَا بَقِيَ بِيَدِ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُ أَوْ مِنْ عِوَضِهِ بِنِسْبَةِ مَا يَنُوبُهُ إِلَى قِيمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ لِلدَّيْنِ، أَوْ يَفْدِيهِ بِمَا يَنُوبُهُ، وَمَنْ تَعَذَّرَ أُخِذَ مِنْ غَيْرِهِ إِلَى مُنْتَهَى مَا بِيَدِهِ وَيَتَرَاجَعُونَ...

هذا القول راجع إلى قوله أولاً: (فُسِخَتْ) يعني: وخالف سحنون في فسخ القسمة ورأى أن ربَّ الدَّين لا قول له في نقض القسمة، وإنما حقه في أخذ دينه.

سحنون: ويكون على جميع الورثة لا على قدر مواريثهم فيضر بهم؛ إذ قد يكون أحدهم غبن في القسم أو تغير سوق ما بيده فيؤدي أكثر مما ينوبه، ولكن يقوم ما بيد كل واحد يوم البيع ويقسم عليه الدين، فما وضع على كل واحد بيع مما بيده بقدره ولكل واحد أن يفك ما يباع بأداء ما ينوبه.

---

(١) «المقدمات» (٣/١٠٦).

(٢) «المدونة» (١٤/٤٧٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (١٢/١٣٦).

وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر على طالب الدين لطوله أو كان بيع ما بأيديهم أحط ثمنا فليبع ما هو أنجز له مما بيد أحدهم ثم يتراجعون بما كان ينوبهم من الدين يوم قضاه.

وقول المصنف: (**أَوْ مِنْ عِوَضِهِ**) يعني: لو باع أحد الورثة ما نابه بشقص في دار أو غيره، فإنه يباع من ذلك العوض.

وقوله: (**بِنِسْبَةٍ**): متعلق فيباع.

وقوله: ومن تعذر إلى آخره: هو كقول سحنون، وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر لكن في كلام المصنف مناقشة ؛ لأن كلام سحنون يدل على أنَّ له أن ينتقل بمجرد الضرر، وكلام المصنف يدل على أنه إنما ينتقل عند التعذر.

وقول المصنف إلى منتهى ما بيده، أي فلو زاد الدين على ما في يده لم يرجع عليه بالزائد.

خليل: وينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يكن الورثة عالمين بالدين، وأما إن علموا فينبغى أن يرجع عليهم بالأقل من مجموع التركة أو الدَّيْن، ووافق أشهب سحنون في عدم نقض القسمة إلا أنه خالفه في كيفية قضاء الدين على ما في أيديهم، ورأى أنه يقضي على النسبة التى اقتسموا عليها، زادت أو نقصت، فإن كان الدين نصف التركة رجع على كل واحد بنصف ما بيده.

سحنون: إنما راعى في قوله المتقدم القيمة، ألا ترى إلى قوله: إذ قد يكون أحدهم غبن في القسم إلى آخره، وهكذا حكى ابن رشد[1] وعياض وغيرهما قول سحنون وأشهب، وحكى عنهما اللَّخْمِيّ مثل ما حكيناه عن أشهب، وصرح في «البيان»[2] أن لأشهب قولين، وحصل في «البيان» خمسة أقوال:

الأول: القسمة تنتقض لحق الله تعالى، وإن لم يشأ الورثة نقضها.

الثاني: أن القسمة ترد إلا أن يتفق جميعهم على إمضائها، وهو المشهور من قول ابن القاسم المنصوص له في «المدونة».

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٣٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٣٤) .

الثالث: أن القسمة تنتقض أيضاً، ويكون ما هلك أو نقص ونما بينهم إلا أن يخرج أحد الورثة من ماله ما ينوبه من الدين.

قال: وهو قول ابن حبيب، ومثال ذلك إن هلك المتوفى وله أربعة بنين، وله ثمان بقرات قيمة كل بقرة عشرة مثاقيل فيقتسمونها، فأخذ كل واحد بقرتين فتموت بيد واحد بقرة ثم يطرأ غريم بعشرة مثاقيل، فإن الواجب على قوله أن تنتقض القسمة، ويخرج الدين من السبع بقرات الباقية ثم يقتسم الستة الباقية على الأربعة بالسوية، ولمن شاء منهم أن يخرج من ماله ما ينوبه من الدين وذلك ديناران ونصف ويجعل ما ينوبه من البقرة التي ماتت وذلك ديناران ونصف أيضاً.

والقول الرابع والخامس: هما قولا سحنون وأشهب.

وقال اللَّخْمِيّ: اختلف إذا كان الدين يفترق وبعض الحاضر والقسم بالقرعة، أي وقد هلك ما أخذه بسماوي، فقيل: لا يرجع من استحق ذلك من يده ولا يرجع عليه، وقيل: يرجع عليه ولا يرجع، وقيل: يرجع ولا يرجع عليه، وبنى الأول على أن القسمة تمييز حق، قال: وهو الأقيس، والثالث على أنها بيع.

وَلَوْ طَرَأَ وَارِثٌ - وَالْمَقْسُومُ كَدَارٍ - فَلَهُ الْفَسْخُ، وإِنْ كَانَ الْمَقْسُومُ عَيْناً رَجَعَ عَلَيْهِمْ، وَمَنْ أَعْسَرَ فَعَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا بِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: مَنْ أَعْسَرَ فَعَلَى الْجَمِيعِ..

(**فَلَهُ الْفَسْخُ**) أي: وله أن يكون شريكاً مع كل واحد بما ينوبه وكان له الفسخ؛ لأن الطارئ كغيره، فلو لم يكن له الفسخ لزم أن تتميز حقوقهم قبله، وذلك باطل.

وإن كان المقسوم عيناً رجع كل على واحد بما يخصه، فإن أعسر بعضهم فلا يؤخذ الملي عنه إذا لم يعلم الملي، قاله ابن القاسم، ورأى أن القسمة صحيحة؛ لأنهم لم يتعدوا فلا يرجع على الملي إلا بما كان يرجع عليه به لو كانوا كلهم أملياء، وقاله أصبغ.

وقال أشهب وابن عبد الحكم: إن الطارئ يقاسم من وجد من الورثة ملياً ما صار له حتى كأنه لم يترك الميت غيرهما، ثم يتبعان بقية الورثة، فمن أيسر دخلوا معه وساووه، هكذا حتى يعتدلوا.

وهذا مراد المصنف بقوله عن أشهب: (**وَمَنْ أَعْسَرَ فَعَلَى الْجَمِيعِ**).

ابن المواز: وإن ترك على هذا ابناً وامرأة، فأخذت المرأة الثمن والابن ما بقي، ثم طرأت

زوجة أخرى، فـوجدت صاحبتـها عديمة، والابن ملياً فلترجع علـى الابن بثلث خمس ما صار إليه، وهو جزء من خمسة عشر ما في يده ؛ لأنه له أربعة عشر من ستة عشر، ولكل واحدة من الزوجين قسم يرجـعان على الزوجة بنصف ما أخذت، وكل مـا وجد عنها من ذلك اقتسماه على خمسة عشر حتى يستوفياه.

لَوْ ظَهَرَ مُوصًى لَهُ فَإِنْ كَانَ بِنَصِيبٍ فَكَالْوَارِثِ وبِدَنَانِيرَ وشِبْهِهَا فَكَالدَّيْنِ مُطْلَقاً

أي: كانت بنصيب أو عيناً، تصور ظاهر، والأول هو المشهور.

والثاني في «الموازية» وهو قول [أشهب و][1] ابن حبيب.

(١) سقط من ط .

كتاب القراض

الْقِرَاضُ إِجارَةٌ عَلَى التَّجْرِ فِي الْمَالِ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ

لا خلاف بين المسلمين في جـوازه، وهو مستـثنى من الإجارة المجهـولة ومن سلف جر منفعة، وله اسـمان: القراض، والمضاربة، وكان جـماعة من أهل الحجاز يسمـونه قراضاً، وأهل العراق يسمونه مضاربة، ولا يقولون القراض ألبتة، وحده المصنف بقوله: إجارة على التجر، فالإجارة جنس، فأخرج بالتجر الإجارة على غيره.

وقوله: (بِجُزْءٍ) أي: مشاع، فلا يجوز أن يقول: لك من الربح درهم أو نحوه كما سيأتي، وأورد على حده أنه غير مانع وغير جـامع، أما عدم منعه، فلأن القراض لا ينعقد بلفظة الإجارة فلو قال: آجـرتك على التجر في هذا المال بجزء من ربحه صـدق الحد عليه وليس بقراض.

وأيضاً فلو آجره على التجر إلى أجل أو قارضه بعـروض لم يكن قراضاً صحيحاً، وأما عدم جمعه ؛ فلأنه يجوز القراض كما سيقول المصنف على أن يكون الربح كله لغيرهما أو لأحدهما، وهو غير داخل في تعريفه.

وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره، وكونه لا ينعقد بلفظ الإجارة شرطاً في الصيغـة، وكذلك كونه لا يكون إلى أجل شرطاً في العـمل، وكذلك لا يكون بعرض شرطاً في المال، والشرط لا يتوقف تصور الماهية عليـه، لأنه خارج عنها وعن عدم جمعه، لأن الصورة المعترض بها إنما هي من باب التبرعـات ويطلق عليها القراض مجازاً، ثم شرع المصنف في أركانه فقال:

الْمَالُ شَرْطُهُ نَقْدٌ مُعَيَّنٌ مَعْلُومٌ مُسَلَّمٌ

اشتـرط في المال أربعة شـروط وانظر هل أراد بالنقد الدنانيـر والدراهم أو مطلق العين، وهو الأقرب.

وفي «الجـواهر»(١): احترزنا بالنقد عن العرض وعن النـقرة التى ليست مضروبة على إحدى الروايتين، ثم أخذ يتكلم على هذه الشروط فقال:

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٩١) .

فَلَوْ كَانَ غَيْرَ مَسْكُوكٍ يُتَعَامَلُ بِهِ جَازَ .

لا يشترط التعامل بذلك في سائر البلاد بل في بلد المقارضة، قاله عياض.

وقوله: جاز: اللَّخْمِيّ وصاحب «البيان»[١] باتفاق، واستدل مالك لذلك في «الموازية» بأن الناس قد عملوا بالقراض قبل ضرب الدنانير والدراهم.

واحترز بقوله: (يُتَعَـامَلُ بِهِ) مما لو لم يتعامل به، وسيأتي قول اللَّخْمِيّ وغيره، وتجوز المقارضة بالحلي في الأرض التي يتعاملون به فيها؛ كأرض المصامدة بالمغرب.

وَيَجُوزُ بِالْمَغْشُوشِ عَلَى الأَصَحِّ .

مقابل الأصح لعبد الوهاب[٢]، واستثنى الباجي[٣] المسكوك منها في بلد يتعاملون بها؛ لأنها صـارت هناك أصول الأثمـان وقيم المتلفات، قـال: وقد اتفق الأصحـاب على تعلق الزكاة بها، وذلك دليل على أنها كالعين لا كالعرض، وهذا هو الذي صححه المصنف.

وَفِي التِّبْرِ وَالنِّقَارِ رِوَايَتَانِ وَرَجَعَ عَنْهُ .

وقد تقدم أن غيـر المسكوك إذا كان يتعامل به تجوز المقارضـة عليه، فإن هذا الخلاف إنما هو إذا كان لا يتعامل به، والروايتان بالجواز والمنع.

(وَرَجَـعَ) مالك عن الجواز إلى المنع، وحكى ابن الجلاب[٤] في الحلي روايتان، قال في «البـيان» [٥]: والمعروف المنع، وخصص اللَّخْمِيّ لما إذا كـان يتعذر الإتيان بمثل الحلي المقارض به، وإن كان يتعذر ذلك فهو مكروه.

وفـي «المـدونـة»[٦]: قال بعض أصـحابنا: إن مـالكاً سهل في القراض بـنقار الذهب والفضة، فسألت مالكاً عن ذلك، فقال: لا يجوز.

وفي «الرسـالة»[٧]: وقد أرخص فيه بنقار الذهب والـفضة، وأخذ بالمرجوع عنه، وزاد

---

(١) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٨٩) .

(٢) « المعونة » (٢/ ١٢٣) .

(٣) « المنتقى » (٧/ ٧١) .

(٤)« التفريع » (٢/ ١٩٣) .

(٥) « البيان والتحصيل » (٦/ ٤٩٠) .

(٦) « المدونة » (١٢/ ٨٧) .

(٧) « الرسالة » (ص / ١١٠) .

اللَّخْمِيّ وغيره ثالثاً بالكراهة، على أني لم أقف على القول بالمنع إلا في النقار، لكنَّ الظاهر لا فرق بينه وبين التبر.

فرع :

فإن وقع على المشهور ففي «الموازية» عن ابن القاسم: يمضي بالعمل، وقال أصبغ: لا ينفسخ عمل به أم لا لقوة الاختلاف فيه.

ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة، إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس مال ما باعها به، وما خرج في الصرف عرفا وزنها أو لم يعرفا، وإن وزنا وشرط ضربها أو صرفها ففعل، فللعامل أجرته في الصرف والضرب إن كان لذلك مؤنة، ثم هو فيما حصل على قراض مثله.

بعض القرويين: فالفرق بين اشتراط دافعها ضربها أو بيعها وبين عمله أن مآل أمرهما إلى ذلك إلا أن يريد أن من اشترط بيعها إنما رأى أن القراض إنما يكون بعد نضوض المال، ومن دفعها ولم يشترط ذلك جعلها قراضاً يوم دفعت، ومثلها لا يتغير ولا يختلف لسواقها ولا يفسد القراض.

وَفِي الْفُلُوسِ قَوْلانِ

المنع لابن القاسم والجواز لأشهب.

موسى القطان: وسألني ابن سحنون عن القراض بالفلوس فذكرت له قول ابن القاسم وأشهب، فقال لي: بقي عليك، فقلت: ما هو؟ فأبى أن يخبرني، فوجدتها بعد ذلك لبعض أصحابنا: إن كانت الفلوس قليلة جاز بها القراض، وإن كانت كثيرة لم يجز، لأن قليلها كالعين، وكثيرها كالعروض، وحكى اللَّخْمِيّ رابعاً بالكراهة.

المازري: ولم يقع في «المدونة» لفظ الكراهة، ولكن إن وقع ونزل مضى، فإن كان اللَّخْمِيّ أخذ القول بالكراهة من هذا فهو أخذ صحيح.

الباجي[1]: وإذا قلنا بالمنع فوقع؛ فقال محمد: القراض بالنقار أخف، والفلوس كالعروض وهذا يقتضي الفساد، ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل، وفيما نض من ثمنها قراض المثل.

---

(١) «المنتقى» (٧/ ٧٢).

وقال أصبغ: وهي كالنقار، وقال ابن حبيب: هي مثله، وترد فلوساً.

زاد غيره في قول ابن حـبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعـمل بثمنها، فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد.

فَلَوْ عَمِلَ بِالْعُرُوضِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي بَيْعِهِ وَقِرَاضِ مِثْلِهِ

لا إشكال في منع المقارضة بالعروض، وفرع على المنع، وإن لم يتقدم ذلك بالتصريح؛ لأنه قدم ما يدل عليه، وهو اشتراط النقد.

ولا خلاف عندنا، وهو مذهب الجمهور في منع القـراض بالعروض سواء كان مقوماً أو مثليا؛ لأن القراض رخصة انعقد الإجماع على جوازه بالدنانير والدراهم فيبقى ما عداه على أصل المنع، وأيضاً فإن قـارضه بالعرض على أن يبيعـه ويكون رأس المال ثمنه فقد زاد رب المال عليه منفعة وهي بيعه العرض وإن قارضه به على أن رأس المال ذلك العرض ويرده عند المفاصلة فهـو غرر لاحتمال أن يغلو العـرض عند المفاصلة غلاء يستغـرق الربح فيؤدي إلى بطلان عمله، أو يرخص فيأخذ العـامل بعض رأس المال، وكذلك إن قارضه على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة.

وقيد اللَّخْميّ المنع بما إذا كان في بيع العرض كلفة، وكذلك أجرة لها خطب، قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها أو يعلم أنه كان يتكلف ذلك له ولو لم يعطه إياه قراضاً أو يقول له: كحلف من يبيع ويأتيك بالثمن فيكون قراضاً جاز.

المازري: وذكروا أنهم وجدوا وثيقة بخط الشيخ أبي محمد بن أبي زيد أنه إذا دفع لرجل عرضاً وقال له: بعه ولك دينار، فإذا قبضت ثمنه فاجعله قراضاً.

وما في هذه الوثيـقة من التـخيل على جواز القـراض بالعرض على الوجـه الذي ذكر، وتأول بعضـهم عليه أن يكون بنى على أحد القولين فـي اجتماع جعل وإجـارة الإجارة في البيع والجعل في القراض، وفيه نظر؛ لأن الجـعل لا يجوز في الكثير بل في القليل فيلزمه أن يقيد في الوثيقـة هذا الوجه لو قصد بالقليل، ولو كان قصده أيضـاً الإجارة لضرب لها أجلاً.

المـازري: ولو دفع رجل عدد كتان أو رزمة متاع، وقال: خذ هذا العرض وامضِ به إلى البلد الفلاني فادفعه إلى فلان يبعه ويقبض ثمنه لنفسه، فإذا قبض ثمنه فخذه منه واعمل به

قراضاً بيني وبينك، فإن ذلك جائز بـلا خلاف ولا يدخله القراض بالعروض ؛ لأن المدفوع إليه العروض لا يتولى البيع بنفسه، فقوله: (**فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي بَيْعِهِ وَقِرَاضِ مِثْلِهِ**) هو مذهب «المدونة».

ابن المواز: ولا فرق في ذلك بين أن يقول: خذ هذه العروض قراضا أو بعضها واعمل بثمنها قراضا، ولا شك أن هذه الصورة من القراض الفاسد وسيأتي الخلاف في ذلك.

وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهُ عَلَى دَيْنٍ وَقَارَضَهُ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهُ عَلَى صَرْفِهِ

أي: ومثل العرض في عدم الجواز ابتداء وأنه إن وقع كان له أجر المثل ثم قراض المثل ما إذا وكله باقتضاء دين وقارضه به، وقيـده اللَّخْمِيّ بما إذا كان على غائب يحتاج إلى المضي إليه أو على حاضر معسر، وإذا كان على حاضر موسر فليس إلا اجتماع العامل به فيقبضه فهذا جائز ؛ إذ لا فـرق حينئذ بين قبضه منه أو من ربه وكـذلك لو وكله على صرفه، فله أجر الصـرف ثم قراض المثل وهكذا في «المدونة»[1]، وقيد ذلك فـضل بما إذا كان الصرف في البلد له بال ؛ وأجاز ذلك أشهب.

اللَّخْـمِيّ: يريد إذا كانت أجـرة البيع لا خطب لها، وإن كان لهـا قدر لم يجز إلا أن يكون المقارض لا يتـولى بيعـها وإنما يجلس عند من يتولى لـه ذلك فيجـوز، وكذلك نقل فضل عن مالك من رواية أشهب أنه يرد إلى قـراض مثله ويعطى أجرة صرفه إلا أن يكون لا بال للصرف فـيمضي، أما إن أعطاه الذهب ليـصرفه ورأس المال الدنانير، وإنما يـشترط عليـه الصرف ؛ لأن ذلك مـن جنس النظر، فإن ذلك جـائز وإن كـان على رأس المال هو الدراهم فمنعـه ابن القاسم وأجازه أشـهب، وتأوله اللَّخْمِيّ على أن أجرة البـيع لها الشيء اليسير، قـال: وإن كان له قدر لم يجز إلا أن يكون المقارض لا يتولى بيـعها، وإنما يجلس عند من يتولى بيعها فيجوز.

وَلا يَجُوزُ بِدَيْنٍ وَلَوْ أَحْضَرَهُ مَا لَمْ يَقْبِضْهُ وَيَسْتَمِرُّ دَيْناً خِلافاً لأَشْهَبَ

لما فرغ مما يتـعلق بالقيد الأول شرع فـيما يتعـلق بالقيد الثاني، وهو قـوله معين ؛ لأن الدين ليس بمعين فلا يجوز لرب الدين أن يقول للمديان منه: اعمل بالدين الذي في ذمتك قراضاً.

---

(١) « المدونة » (٨٨/١٢).

مـالـك في « المدونة »(١) : ولو أحضره إلا أن يقبضـه منه ويعيده عليه ، ابن القاسم : مخافة أن يكون أخره بذلك ليزيد فيه .

اللَّخْمِيّ : لأنهما يظهران ويظنان أن يأتيه بربح من ذمته فيكون فسخ دين في دين .

اللَّخْمِيّ والمازري : ويتنزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد .

واختلف إذا عمل العـامل قبل أن يشهد على براءة ذمـته فأتي بربح أو كان فيـه خسارة ففي « الموازية » : الربح للعامل والخسارة عليه .

وقال أشهب : الربح بينهما ، هكذا نقل اللَّخْمِيّ والتونسي عن أشهب ، ثم اختلفا في التأويل عليه ، قال اللَّخْمِيّ : على قوله تكون الخسارة من صاحب المال .

وقال التونسي : لا يصدق على قوله إن ادعى الخسران ؛ لأن ذمته لا تبرأ إلا ببينة .

ولعل هذين التأويلين مبنيان على الخلاف فيـمن أخرج من ذمته إلى أمانته ، وحكى ابن يونس وابن راشد وغيـرهما عن أشهب أنه قال : هو مكروه نعـم ؛ فإن نزل مضى ، وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه لأن قوله : (وَيَسْتَمِرُّ دَيْناً) خلافاً لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر ديناً بل يبقى قـراضاً ، وحكى ابن عبد البر(٢) عن أشهب أن ما اشـترى وباع فلرب المال وللعامل أجرة مثله ، وحكى ابن حارث عن ابن عـبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض ، وهذا مثل قول أشهب بالكراهة .

وقال القاضي عبد الوهاب(٣) في الغاصب يرد المال فيقول ربه : لا أقبضه ولكن اعمل به قراضاً ، إنه جائز .

البـــاجي(٤) : ويحتـمل ألا يكون هذا خلافاً لقـول ابن القاسم ويفرق بينهـما ، لأن الغاصب أحضر المال متبرعاً بالدين ولعله اتفق مـعه على إحضاره ليرده أيضاً قراضاً ، ولو جاء متبرعاً لكان مثل الغاصب .

ابن زرقون : والأقرب أن قوله خلافاً لقول ابن القاسم .

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٣٢٤) .
(٢) « الكافي » (ص / ٤٢٧) .
(٣) « المعونة » (٢/ ١٢٣) .
(٤) « المنتقى » (٧/ ٧٧) .

قوله : (مَا لَمْ يَقْبِضْهُ) يقتضي أن مجرد القبض يصح القراض حينئذ ، وكذلك مقتضى « المدونة » .

أبو الحسن : جعل التهمة هنا تزول بالقبض وإن أعاده إليه بالقرب أو نص في الصرف على أن من قضى لرجل ديناً له ، فإنه لا يعيده سلماً في طعام بقرب ذلك ، ونص فيه أيضاً على أن من أسلم إلى رجل دراهم ثم قضاه ديناً عليه بحدثان ذلك ، إن ذلك لا يجوز ، وفي السلم الأول مثل ما ذكر في القراض ؛ لأنه قال فيمن له على رجل دين ، فقال : أسلمه في طعام لم يجز حتى يقبضه منه ثم يرده .

والفرق في القراض والسلم وبين مسألتي الصرف أنه في مسألتي الصرف دفعه من ذمة إلى ذمة ، وفي القراض والسلم دفعه من ذمة إلى أمانة . انتهى .

ولما ذكر في « البيان »[1] هذه المسألة وأن التهمة ترتفع بمجرد القبض قال : ويتخرج فيها قول آخر : إنه لا يعيده إليه في المجلس ولا فيما قرب منه كاليوم واليومين والثلاثة كما قال في مسألة الصرف .

وَلا فِي الرَّهْنِ بِيَدِهِ أَوْ بِيَدِ أَمِينٍ

لأن الرهن إذا كان بيده هو كالدين أو الوديعة ، وإن كان بيد أمين فكأنه اشترط عليه زيادة التقاضي .

قال في « الموازية » : ولا يجوز أن يقارض له الأمين ؛ لأنه وديعة عنده ولا خفاء أن قوله : ولا في الرهن بيده أو بيد أمين مقيد بما إذا لم يقبضه صاحبه ، وحذف المصنف ذلك دلالة لما قبله وقد صرح صاحب «النوادر» بهذا التقييد .

وَلا بِالْوَدِيعَةِ ، وقِيلَ : يَمْضِي بِالْوَدِيعَةِ

في الوديعة أقوال :

الأول : مذهب « المدونة » أن الوديعة كالدين ، فلا يجوز القراض بها إلا بإحضارها وقبضها .

ابن القاسم : لأني أخاف أن يكون أنفقها فصارت عليه ديناً .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٧/ ٣٢) .

الثاني : أنه يكره ابتداء فإن وقع مضى وإن لم يحضره والربح بينهما ويصدق في التلف وهو لمالك في « العتبية »(١) وهذا القول هو القول الثاني .

والثالث : لابن القاسم في « الموازية » : إن أحضرها جاز ، وفرق ابن حبيب فكره ذلك من غير الثقة لا الثقة .

وَلا يَجُوزُ بِمَجْهُولِ الْوَزْنِ

هذا راجع إلى القيد الثالث ، وهو قوله : (**مَعْلُومٌ**) ولا خفاء في عدم الجواز بالمجهول كدفعه صرة دراهم مجهولة الوزن ؛ لأن الجهل برأس المال يؤدي إلى الجهل بالربح .

وَلا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ يَدَهُ أَوْ مُرَاجَعَتَهُ أَوْ أَمِيناً عَلَيْهِ

هذا راجع إلى القيد الرابع ، وهو قوله : (**مُسَلَّمٌ**) أي : لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يراجعه أو يجعل عليه أميناً ؛ لأن في ذلك عدم الائتمان ، مخالفة للسنة في القراض ، والتحجير عليه في التجارة ، والضمير في يده عائد على رب المال فيوافق ما بعده والعلة في ذلك كما في اشتراط مراجعته أو اشتراطه أميناً عليه .

فإن قيل : هل يمكن إعادة الضمير على العامل ؟

قيل : فيه بُعد ؛ لأن المصنف سيتكلم على اشتراط عمل العامل .

قال في « المدونة »(٢) : وإن عمل رب المال من غير شرط كرهته إلا في العمل اليسير .

وقال في « الموطأ » : لا بأس أن يعين كل واحد من المتقارضين صاحبه على وجه المعروف إذا صح ذلك بينهما .

وَفِي اشْتِرَاطِ غُلامِهِ مَعَهُ بِنَصِيبٍ قَوْلانِ

أي : القول بالجواز لمالك في « الموطأ »(٣) وابن القاسم وابن وهب وغيرهم ، وهو المعروف من المذهب ، والمنع لمالك في « الموازية » قديماً ، وللجواز شرطان :

الأول : أن يكون الربح للعبد لا للسيد .

الثاني : ألا يقصد السيد بذلك أن يكون العبد عيناً له على العامل وليعلمه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٧/ ٣٢) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ١١١) .

(٣) « الموطأ » (٢/ ٧٥٨) .

الْعَمَلُ تِجَارَةٌ غَيْرُ مُضَيَّقَةٍ بِالتَّعْيِينِ أَوْ بِالتَّأْقِيتِ

هذا هو الركن الثاني ، وشرط فيه شرطين :

الأول : أن يكون تجارة ، وهي طلب الربح بالبيع والشراء احترازاً من أن يعطيه ما لا يصنع فيه صنعة ، فإن ذلك خارج عن سنة القراض كما سيقول المصنف .

والشرط الثاني : أن تكون التجارة غير مضيقة بالتعيين أو بالتأقيت احترازاً من أن يأمره بشراء سلع يقل وجودها أو من بلد خاص ونحوه ، ومما لو وقت عليه التجر للغرر حينئذ وخروجه عن سنة القراض .

فَلا يَجُوزُ عَلَى أَنْ يَخِيطَ أَوْ يَخْرِزَ أَوْ يُشَارِكَ أَوْ يَخْلِطَ أَوْ يُبَضِّعَ أَوْ يَزْرَعَ أَوْ لا يَشْتَرِيَ حَتَّى يَبْلُغَ بَلَدَ كَذَا ، وَقَالَ : يَقُودُهُ كَمَا يُقَادُ الْبَعِيرُ ...

عطفه بالفاء ليرتبه على ما قبله ، أي فبسبب اشتراطنا في العمل أن يكون تجراً لا يجوز على نحو أن يخيط أو نحو ذلك ، كما إذا قيل : أنت تعرف الخياطة أو الخرز ، ولا مال لك فخذ هذا المال واشتر به ثياباً أو جلوداً والربح بيننا .

وعلة منع ذلك واضحة وهى أن رب المال ازداد عمل العامل ، ولكن ذلك خارج عن سنة القراض ومؤد إلى الإجارة المجهولة .

فرع :

فإن وقع ففي « المدونة »(١) : يكون أجيراً والربح لرب المال والوضيعة عليه .

وفي « الموازية » : هما على قراضهما ، وقاله ابن وهب وضعف ؛ لأن فيه إجارة صنعة بجزء من الربح وهو مجهول ، وقال أشهب : له أجر مثله فيما عمل ، وفيما سوى ذلك قراض مثله .

وقال ابن نافع : فيما سوى عمل يده الأقل من المسمى أو قراض المثل كان متماً لما في «المدونة » ، ويكون أحق بما عمل من الغرماء حتى يأخذ إجارته يريد إجارته فيما عمل لا في القراض، قاله الشيخ أبو محمد .

قوله : (أَوْ يُشَارِكَ أَوْ يَخْلِطَ أَوْ يُبَضِّعَ أَوْ يَزْرَعَ) هذه الأمثلة الأربعة بيان لما احترز عنه

---

(١) « المدونة » (١٢/١١١) .

بقوله : (غَيْرُ مُضَيَّقَة) أي لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشارك غيره ولا أن يخلطه العامل بمالٍ من عنده .

وهذا هو المشهور في « الموازية » لا بأس به في الخلط .

وقال أصبغ : لا يعجبني هذا إلا أن يقل مال العامل ؛ كالخمسة دنانير أو العشرة مما لا يعني به كثرة البيع ، فإن نزل أمضيته على قراضهما ، وعلى المنع إذا فات ، فله أجر مثله؛ لأنها زيادة صحبت المال ، وقيل: قراض مثله ، لأن الزيادة لم تخرج عن المال .

قوله : (أَوْ يُبَضِّعَ) أي ولا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يبضع أي أن يرسل مالاً مع غيره للتجارة ؛ لأن رب المال ينتفع بوجاهة العامل الدينية أو الدنيوية . وفي «المدونة »[١]: ولا يبضع العامل من بضاعة ، فإن فعل ضمن ، ولو أذن له رب المال في ذلك جاز ما لم يأخذه على ذلك .

قوله : (أَوْ يَزْرَعَ) هكذا منع اشتراط الزرع في « المدونة » وهذا لأن ربَّ المال ازداد عليه عمل العامل في الزرع ، ولا يصنع شيئاً بيده فينبغي أن يجوز إلا أن يكون العامل ممن له وجاهة أو يكون الزرع مما يقل في تلك الناحية ، وقد حكى ابن شعبان في اشتراط الزراعة قولين بالجواز والكراهة .

وقوله : (أَوْ لا يَشْتَرِيَ حَتَّى يَبْلُغَ بَلَدَ كَذَا) هذا بيان ما احترز عنه من التأقيت ، وهذا مذهب « المدونة » ، وفي « العتبية »[٢] : لا بأس به .

وقوله : (**وقال** . . . إلى آخره): فاعل قال عائد على مالك ، وهو التعليل للمسألة الأخيرة كذا هو في « المدونة »[٣] .

وَلا بَعْدَ الشِّرَاءِ لأَنَّهُ كَقَرْضٍ بِجُزْءٍ مِنَ الرِّبْحِ ، ولَهُ رِبْحُهُ وعَلَيْهِ غُرْمُهُ

وهو معطوف على أن يخيط ، وهذه مسألة « المدونة »[٤] ، ففيها : ولو ابتاع سلعة ثم سأل رجلاً أن يدفع إليه مالاً ينقده فيها ، ويكون قراضاً بينهما ، فلا خير فيه ، فإن ترك

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٩٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٧/ ٣٥) .

(٣) « المدونة » (١٢/ ١١٢) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٠٤) .

لزمه رد المال لربه ، وما كان فيه من ربح أو وضيعة فله وعليه .

وهذا معنى قول المصنف : **(ولَهُ رِبْحهُ وعَلَيْـه غُرْمُهُ)** أي : للعامل ، وعلل ذلك فى «المدونة »بما علل به المصنف فقال(١) : وهو كمن أسلفه رجل ثمن سلعة على أن له نصف ربحها ، وقال فيها أيضاً فيمن ابتاع سلعة فعجز عن بعض ثمنها ، فأتى إلى رجل فأخذ منه قراضاً وهو يريد أن يدفعه في بقية ثمنها: لا أحب ذلك وأخاف أن يكون قد استغلها .

قال في « الموازية » : وإن لم يكن لغلاء أجزته وأكره العمل به ابتداء ، وقاله أصبغ ومحمد فيما إذا لم يخبر رب المال بما اشترى ، وعارض سحنون بين مسألتى « المدونة » وأجاب أبو محمد بأن المسألة التي ذكرها المصنف قد سمى أنه ابتاع سلعة فكأنه دخل على السلف والتى عجز عن بعض ثمنها لم يذكر له ذلك ، فلم يدخل على السلف .

فرع :

ولو أخذ المال قبل الشراء جاز إذا لم يسم السلعة ولا البائع ، قاله ابن المواز .

قال غيره : ويجوز لو قال له : قد وجدت سلعة رخيصة فادفع لي مالاً قراضاً لأشتريها به ، وقد فعله عثمان رضي الله عنه .

ابن حبيب : يكره أن يؤخذ المال قراضاً على أن يشتري من رفقة نزلت معهم ومعها تجارة، فإذا وقع مضى على شرط الربح .

وَلا بِتَعْيِينِ صِنْفٍ يَقِلُّ وُجُودُهُ أَوْ شَخْصٍ لِلْمُعَامَلَةِ أَوْ مَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ

هذا أيضاً معطوف على **(أن يَخِيطَ)** ، ولو ذكر المصنف هذا قبل قوله : **(ولا بَعْدَ الشِّرَاء)** لكان أحسن في التصنيف ؛ لأن الذي ذكره هنا إنما يرجع إلى التعيين والتأقيت .

وَعَلَيْهِ مَا جَرتِ الْعَادَةُ بِهِ مِنْ نَشْرٍ وَطَي وَنَقْلٍ خَفِيفٍ ، وَلَوِ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ

أي : على العامل من العمل ما جرت العادة به أن التاجر يتولاه ولا يستأجر عليه ، **(وَإِنِ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ)** أي : على ما جرت العادة بتوليته ، **(فَعَلَيْهِ)** أي : في ذمته لا في نصيبه من الربح .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٠٤) .

الرِّبْحُ : شَرْطُهُ : عِلْمُ الْجُزْئِيَّةِ فَلا يَصِحُّ : وَلَكَ دِرهَمٌ

هو ظاهر ، واختلف إذا وقع ذلك ، ففي « الموازية » عن مالك وأصحابه : إن ترك ذلك مشترطه بعد العمل صح ، وتماديا عليه وأنكره يحيى .

وَلَوِ اشْتَرَطَ الرِّبْحَ كُلَّهُ لأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا جَازَ

ابن عبد السلام : تصوره ظاهر ، وإنما يكثر فعلهما من أهل الخير .

خليل : ولا أعلم في اشتراط الربح كله لأحدهما خلافاً في المذهب ، على أن الباجي[1] قال : هو مشهور المذهب ، وحيث شرط الربح للعامل ، فإن قال : اعمل فيه ولك ربحه وضمانه من العامل ؛ لأنه كالسَّلف .

اللَّخْمِيّ : إلا أن يقول : ولا ضمان عليك ، وإن قال : اعمل به قراضاً ، فالمشهورُ أنَّ ضَمَانَهُ من رب المال خلافاً لسحنون ، ورأى في المشهور أن لفظ القراض يغني عن اشتراط سقوط الضمان .

اللَّخْمِيّ : وهو أصوب ، وإن اشترط الربح لغيرهما فلا ضمان على العاملَ .

ابن عبد السلام : وهل يلزمهم الوفاء بذلك إن كان المشترط له معيناً ، فأصل المذهب أنه يلزم الوفاء به ، ويقضى به على الملتزم إن امتنع ، وإن كان غير معين كالمساكين ، فالمشهور أنه لا يقضى به إن امتنع ، وعلى ما في « الموازية » ينبغي أن يقضى به .

خليل : والمشهور مذهب « المدونة » ؛ لأن فيها إذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك ، ولا أحب لهما الرجوع فيه ، ولا يقضى بذلك عليهما .

وَإِنْ تَرَاضَيَا بَعْدَ الْعَمَلِ عَلَى أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ

أي : إذا تعاقدا على جزء ثم بعد العمل تراضيا على جزء أقل من الأول أو أكثر جاز مطلقاً ؛ لأن ذلك هبة من أحدهما للآخر ، وهكذا مذهب « المدونة » .

وقال ابن حبيب : لا يجوز ذلك إن كان المال عيناً وفيه ربح ووضيعة وكان في سلع وما نقص مساوياً ، وأما لو كان قبل العمل فاتفق على الجواز ، فقول المصنف بعد العمل تنبيه منه بالأخف على الأشد ؛ لأنه إنما نص على موضع الإشكال ، وأما قبله فلا إشكال فيه

(١) « المنتقى » (٧/ ٨٥) .

لعدم لزومه بالعقد وقول ابن القاسم أبْيَن ؛ لأنَّ المال إن كان عيناً فكأنهما الآن ابتديا بالعقد، لأن القراض لا يلزم بالعقد ، وإن كان في سلع فهي هبة من أحدهما للآخر ، ووجه قول ابن حبيب إنه أن كان المال عيناً وفيه ربح أو خسارة فقد ملكا قسمته ، فكأن أحدهما زاده للآخر لبقاء الأمر ، وكذلك إن كان في سلع ؛ إذ قد يدعو أحدهما إلى بَيْعِها فكأنه زاده لتماديه في القراض ، وإذا فرعنا على الجواز فإن كانت الزيادة للعامل ، فالعامل أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها ، وإن كانت لرب المال فقيل : يبطل لعدم الحوز .

وخرج اللَّخْمِيّ قولاً بالصحة على القول أن الهبات إذا لم تكن تهمة لا تبطل ؛ لأن التراخي إنما كان لعدم إتيان وقت المفاصلة .

قال صاحب « المعين » : ومال المتأخرون والموثقون إلى النفوذ ، وقال بعض من مال إلى مذهب ابن حبيب : إن هبة رب المال للعامل وبالعكس لا تجوز ، وقد أجاز محمد ترك العامل النفقة بعد شغل المال ولم يجز ذلك له قبل شغله ؛ لأنه يصير حينئذ كأنه قارضه على شرط إسقاط النفقة من أجل أن عقد القراض منحل قبل شغل المال .

وَلَوْ شَرَطَ الْعَامِلُ عَمَلَ غُلَامِ رَبِّ الْمَالِ أَوْ دَابَّتِهِ فِي الْمَالِ خَاصَّةً جَازَ

هكذا قال مالك ، ووجهه أن المنفعة لهما ، وحكى ابن المواز أن قول مالك اختلف في اشتراط العامل عون غلام رب المال واختار ابن المواز الجواز .

وذكر ابن زرقون أنه يجوز إذا كان المال كثيراً كما لو قالوا في المساقاة : يجوز اشتراط عون الغلام في الحائط الكبير دون الصغير ، ويشترط على الجواز ألا يقصد بالغلام أن يكون عيناً له أي لرب المال كما تقدم ، والجواز في الدابة أظهر ؛ لأنه يخشى منها أن تكون عيناً .

وَالرِّبْحُ شِرْكٌ وَلا عَادَةَ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : قِرَاضُ الْمِثْلِ ، وقِيلَ : النِّصْفُ

(وَالرِّبْحُ شِرْكٌ) جملة حالية عاملها محذوف ، وتقديره : وإذا قال : اعمل في حال كون الربح شركاً .

(وَلا عَادَةَ) حال أخرى .

(فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ) في « المدونة »[1] : قراض المثل إن عمل ، هكذا في « المدونة » ،

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٩٢) .

لا كما يعطيه ظاهر كلام المصنف ، من وجوب قراض المثل قبل العمل ؛ لأنه قبله يفسخ ، وقد نقل اللَّخْمِيّ عن ابن القاسم فيما إذا قـال : الربح شرك أن القراض فاسد ، وقال غير ابن القاسم في « المدونة »(١) : هو صحيح وله النصف ؛ وهو لابن الماجشون .

اللَّخْـــمِيّ : والأول أحسن ؛ لأن الشـرك ينطبق على أن له النصف أو أقل أو أكـثر ، فيكون مجهولاً .

ورأى غيره الشرك يقتضي التساوي ؛ ولأنه الغالب من قراض الناس .

ووقع في بعض النسخ والربح مـشـترك ، وليـست بظاهرة ؛ لأن لفظة مـشـتـرك تفيـد التساوي عرفاً ، فليس فيه خلاف ، هكذا أشار إليه أبو الحسن وابن عبد السلام وغيرهما .

وقوله : (**وَلا عَادَةَ**) يريد : وأما لو كانت عادة من نصف أو ثلث العمل عليهما وهكذا قال ابن شاس .

وَلَوْ دفَعَ مَالَيْنِ معاً أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ قَبْلَ شُغْـلِ الأَوَّلِ بِجزْأَيْنِ مُتَّفِقَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ فَإِن شَرَطَ الْخَلْطَ جَازَ وإِلاَّ فَلا ؛ وقيل : وَإِلا فَلا فِي المُخْتَلِفَيْنِ ...

يعني : (**لَوْ دفَـعَ**) رب المال للعامل (**مَالَيْنِ**) إما دفعة أو دفعتين لكن أعطاه الثاني قبل شغل الأول في سلع ، (**فَإِن شَـرَطَ**) خلطهما جاز كان بجزء متفق أو بجزأين ؛ لأن ذلك آيل إلى الجزء المعلوم ، كما لو دفع مائة على الثلث ومائة على النصف بشرط الخلط .

ابن يونس : وحساب ذلك أن ينتظر أقل عدد له نصف وثلث وذلك ستة ، وقد علمت أن للعامل من ربح أحد المالين نصف ومن الآخر ثلث ، فخذ له نصف الستة وثلثها وذلك خمسـة ، ولرب المال نصف ربح المائة الواحدة وثلث ربح الأخرى ، فخـذ له نصف الستة وثلثها وذلك سبعة ، واجمع ذلك من الخمسـة التى صحت للعامل ، فتكون القسمة بينهما من اثني عشر ، قال: وقد غلط في حـسابها ابن مزين وجعلهما يقتسـمان الربح على سبعة أجزاء .

قوله : (**وَإِلاَّ فَلا**) أي : وإن لم يكن بشرط الخلط فلا يجوز أي سواء كان بجزء واحد أو بجزأين مختلفين ، ويجوز في المتفقين وهذا قول محمد .

ابن يونس وغـيره : وهو ظاهر «المدونة»؛ لأنه لا يتهم أن يعمل في أحدهما دون الآخر

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٩٢) .

لاستواء نصيبه فيهما ، ونسب اللَّخْمِيّ وابن شاس[١] القول الذي قدمه المصنف لابن حبيب، وعلى هذا فتقديم المصنف له ليس بظاهر .

وَلَوْ شَغَلَ الأَوَّلَ فَإِنْ شَرَطَ الْخَلْطَ امْتَنَعَ ، وإِلاَّ جَازَ ، وَرُوِيَ : لا يُعْجِبُنِي فِي الْمُخْتَلِفَيْنِ

يعني : وإن دفع إليه المال الثاني بعد شغل الأول ، فإن شرط خلطه بالأول امتنع سواء كان بجزء واحد أو بجزأين مختلفين ، وعلله في « المدونة » بأنه قد يخسر الثاني فيلزمه أن يجبره بما ربح في الأول ، قال[٢] : ولو كانت قيمة سلع الأول كرأس المال ؛ لأن الأسواق قد تحول ، وكأنه رأى أن ذلك آيل إلى اشتراط رب المال الزيادة على العامل .

قوله : **(وإِلاَّ جَازَ)** أي : وإن لم يشترط جاز ، وظاهره سواء اشترط عدم الخلط أو سكتا لعدم جبر أحد المالين بالآخر .

وقوله : **(وَرُوِيَ)** أي : عن مالك **(لا يُعْجِبُنِي فِي الْمُخْتَلِفَيْنِ)** لأن الاختلاف يوجب التهمة بخلاف ما إذا تساوى الجزآن ، وهذه رواية أشهب في « الموازية » .

وَلَوْ نَضَّ الأَوَّلُ بِرِبْحٍ أَوْ خَسَارَةٍ - لا مُسَاوِياً - لَمْ يَجُزْ أَخْذُ قِرَاضٍ آخَرَ مُطْلَقاً عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وقِيلَ : يَجُوزُ مَعَ الرِّبْحِ ومُوَافَقَةِ الْجُزْءِ وعَدَمِ الْخَلْطِ ، ويَجُوزُ فِي الْمُسَاوِي بِجُزْءِ الأَوَّلِ ...

أي : **(وَلَوْ نَضَّ)** المال **(الأَوَّلُ)** وأراد أن يعطيه قراضاً آخر فله حالتان :

الأولى : أن ينض غير مساوٍ ، إما بربح أو خسارة .

والثانية : أن ينض مساوياً فلا يجوز في المال الأول أخذ قراض آخر مطلقاً عند ابن القاسم في « المدونة » ونعني بالإطلاق سواء كان على شرط الخلط أم لا بجزء موافق أو مخالف ؛ لأنه إن كان بربح فقد ملك العامل الرد ، فيرغبه في الثاني على البقاء ، فهو انتفاع منه ، وأخرى إن نض ينقص ؛ لأنه يرجو جبره بالثاني .

وقال غير ابن القاسم في « المدونة»: ما ذكره المصنف بقوله : **(وَقِيلَ ...)** وحاصله أن هذا القائل يرى الجواز بثلاثة شروط : وجود الربح ، وموافقة الجزء ، وعدم الخلط ، ولم

---

(١) « الجواهر » (٢/٧٩٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/٢٠١) .

ير هذا القائل أنه يحـصل لرب المال والحالة هذه منفـعة ؛ لأنه لما اشتـرط عدم الخلط صح للعامل أن يرد المال الأول إلى ربه متى شاء ويأخذ ربحه ، واختار اللَّخْمِيّ هذا القول.

قوله : **(ويَجُوزُ فِي المُسَاوِي)** : هذه هي الحالة الثالثة .

وقوله : **(بِجُزْءِ الأَوَّلِ)** نحوه في « المدونة »[1] ، ففيها : وإن اتجر في الأول وباع فنض بيده ثم أخذ الثـاني فإن كان باع رأس المال سواء جاز أخذه للثـاني على مثل جزء الأول لا أقل ولا أكثر .

واختلف في معنـاه ، فقال ابن يونس : يريد إذا كان على شرط عـدم الخلط وأما على الخلط فيجوز بجزء موافق أو مخالف .

وكذلك قال ابن المواز ، وقال الشيخ أبو محمد : معناه على الخلط ، ولو كان على ألا يخلط لا يجوز ، وإن اتفقت الأجزاء وكذلك روى أبو زيد .

وكأن المصنف اعتمد على ما قدمه فـيما إذا دفع مالين قبل شغل الأول ؛ إذ لا فرق في المعنى بين عدم شغل الأول أو نضوضه بعد شغله .

تنبيه :

هذه المسألة وهي قوله: **(وَيَجُوزُ فِي المُسَاوِي بِالجُزْءِ الأَوَّلِ)** وقعت في نسختي وغيرها.

ووقعت في نسخة ابن راشد وابن عبد السلام بعد قوله : **(وَلَوْ شَرَطَ زَكَاةَ الرِّبْحِ ... إلى آخـره)** واعترض ابن عبد السـلام عليها ، وقال : حق هذه أن تكون بإثر الأولى ، والله أعلم .

وَلَوْ شَـرَطَ زَكَاةَ الرِّبْحِ عَلَى أَحَـدِهمَا جَـازَ لأَنَّه رَجَعَ إِلَى جُزْءٍ مَـعْلُومٍ ، وَقَدْ تُعُـقِّبَ ، إِطْلاقُهُ ، وقُيِّدَ بِأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ نِسْبَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَجِبْ ...

فاعل (**شَـرَطَ**) يعود إلى العامل وعلى رب المال ، وفاعل (**جَـازَ**) عائد على الشرط المفهوم من السياق، والتقدير : ولو شـرط أحدهما على الآخر زكاة الربح جاز الاشتراط ، وإذا جـاز الاشتـراط جاز العـمل به ، لأن ذلك يرجع إلى جـزء معلوم ، وهذا قـول ابن القاسم في « المدونة » وروايـته عن مالك في « الأسـدية » : لا يجوز اشتـراط الزكاة على أحدهما .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٠١) .

وفي المسألة قـول ثالث : جواز اشتراطهـما على العامل دون العكس ، قـاله مالك في المساقاة .

ابن رشـد وابن زرقـون : والباب واحد ، وإلى ذلـك أشار الباجي[1] أيضـاً ، والرابع عكس الثالث ، وخرجه ابن رشد وغيره .

وقوله : **(وَقَدْ تُعُـقِّبَ ... إلى آخره)** أي : تعقب إطلاقه في « المدونة » الجواز ؛ لأنه مؤد إلى القـراض بجزء مـجهول ؛ لأنه إن وجـبت الزكاة يكون كمن اشـترط عليـه أربعة أعشار وثلاثة أرباع عشر ، وإن لم تجب يكون له خمسة أعشار ، ولأنه لا يدري هل ينض قبل الحول فلا تجب الزكاة أو بعده فتجب ؟ وأجيب بأنه يرجع إلى جزء معلوم ؛ لأن المراد أن لمشترط الزكاة ربع عشـر الربح ثم يقتسمان ما بقي كما لو اشـترط أحدهما ثلث الربح مثلاً لأجنبي وأبى من أخذه فإنه لمشترطه منهما .

وعلى هذا ، فقوله : **(تَجِبْ)** من الوجوب ، وفي بعض النسخ من الحسبان ومعناه : وإن لم تجب الزكاة من الفقراء بتقدير النصاب أو عدم الحول .

خليل : وهذا الجواب ضعيف ؛ لأن غايته أنهم نفوا الجهالة من جانب المشترط عليه ولم ينفوها عن المشترط ؛ لأن المشترط يبقى مرة يأخذ النصف فقط ، ومرة يأخذه وقدر الزكاة، فانظره .

وأجاب صاحب « المقدمات »[2] بجواب آخر وهو : حمل المال على الغالب من المال لا يقبض قبل الحول ، وأنه إن كان أقل من النصاب فيهما يرجوان بلوغه النصاب .

ابن عبـد السلام : وهذا الجواب مع ضعفـه خير من الأول لما يلزم على الأول من النزاع حين المفاصلة في قسمة الربح إذا أسقط الزكاة عن الربح .

وقد ذكر بعضهم أن الخلاف الذي في المساقاة يجري هنا هل يكون ربع العشر لرب المال وحده ؟ أو له وللعامل سواء بينهما ؟ أو يتحاصـان فيه بحساب ما لهما من الربح كله على تسعة وثلاثين جزءا : لرب المال عشرون وللعامل تسعة عشر ؟

واحترز المصنف بقوله : **(زَكَاةَ الرِّبْحِ)** من زكاة المال كله ؛ فإنه لا يجوز اشتراط زكاته كله على العامل .

---

(١) « المنتقى » (٧/٨٦) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ١٩٠) .

صاحب البيان[١] وغيره : باتفاق ؛ لأن ذلك زيادة ازدادها رب المال على العامل .

وَيُجْبَرُ الْخُسْرَانُ - وَلَوْ تلفَ بَعْضُهُ قَبْلَ الْعَـمَلِ - بِالرِّبْحِ ، مَا لَمْ يَتَفَاصَلا وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَيُقْبَضُ ، وَقَالَ غَـيْرُهُ : لَوْ أَعْلَمَهُ بِنَقْصِ الْمَالِ واقْـتَسمَا الربحَ وَقَالَ : اعْـمَلْ بِمَا بَقِيَ - كَانَ مُؤْتَنَفاً ...

يـعـنـي : إذا تجر فخسـر ثم ربح فإن الخسران يجبر بالربح ، وإنما يقتـسمان ما زاد على أصل المال ؛ لأن هذه سنة القراض ولا خلاف في ذلك .

قال في « المدونة »[٢]: وإذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو خسره أو أخذه اللصوص ظلماً لم يضمنه العامل ، إلا إن عمل ببقية المال جبر بما ربح فيه أصل المال الأول ، وما بقي بعد رأس المال يكون بينهما على ما شرط .

ولو كان العامل قال لرب المال : لا أعمل حتى تجعل ما بقي رأس المال ، ففعل وأسقط الخسـارة فهو أبداً على القـراض الأول ، وإن حاسبـه وأحضره العـامل ، قال رب المال : اعمل حتى تجعل ما بقي من رأس المال ما لم يقبضه منه .

فـإن قـلـت : فتخصـيص المصنف بقبول العمل مشعر بأن الربح لا يجـبر ما تلف بعد العمل، فهو خلاف ما نص عليه في « المدونة » .

قـيل : لا نسلم ذلك بل يفهم من كلامه والجـبر بعد العمل من باب الأحرى ؛ لأنه إذا جبر ما تلف قبل العمل مع أن المال حينئذ كوديعة لعدم لزوم عقد القراض ، فلأن يجبر من بعد العمل من باب أولى .

وقوله : (**بِالرِّبْحِ**) متعلق بـ (**يُجْبَرُ**) ، وجعل المصنف غاية هذا الجبر المفاصلة .

واختـلف بماذا تكون المفاصلة ؟ فـرأى ابن القاسـم كمـا حكيناه عنه لابد في ذلك من القبض .

اللَّخْـمِيّ : زاد أصبغ على باب الصحة والبراءة ، وحكى ابن حـبيب عن مالك وربيعة والليث ومطرف وابن الماجشـون عمَّن لقيـه من أصحاب مالك أنه إذا أخـبره بما نقص من رأس المال ، وقال له : اعمل بما بقي وأسقط عنك ما ذهب إنه قراض مؤتنف .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٥٠٠) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ٩٧) .

المازري : وهذا الذي نقله ابن حبيب عن هؤلاء الفقهاء رأيت ابن المواز نقل عنهم خلافه في « الموازية » ، وما حكاه ابن حبيب هو القول الثاني في كلام المصنف ، واختاره غير واحد وهو الأقرب ، لأن الأصل إعمال الشروط عملاً بقوله عليه السلام : « **المؤمنون عند شروطهم** »[1] ما لم يعارض ذلك نص .

وقوله : (**وَيُقْبَضُ**) : جملة تجري مجرى التفسير لقوله : (**يَتَفَاصَلا**) ، وليست تفسيرية حقيقة ؛ لأن جملة التفسير لا تعطف .

فرع :

قال في « المدونة »[2] : وليس ما استهلك العامل منه مثل ما ذهب ، لأن ما استهلكه قد ضمنه ، هذا نص « التهذيب» ، زاد في « الأمهات » : وما بقي في يد العامل فهو الذي على القراض ، وإن تلف نصف المال فالنصف الثاني هو رأس المال .

أَمَّا لَوِ اشْتَرَى بِجَمِيعِهِ فَتَلِفَ قَبْلَ إِقْبَاضِهِ فَأَخْلَفَهُ لَمْ يُجْبَرِ التَّالِفُ

أما للتفصيل أي ما ذكرناه من جبر الخسران بالربح إنما هو إذا بقي بعض المال أما لو تلف جميعه ، وقد كان اشترى به سلعة ولم يدفعه فيها فأخلف ربه فلا يجبر المال الثاني التالف؛ لأن الأول قد انقطعت المعاملة بينهما فيه ، والثاني كابتداء قراض .

وقوله : فأخلفه : يفهم منه أنه موكول إلى اختياره ، وقد صرح بذلك في قوله :

فَإِنْ لَمْ يُخْلِفْ فَالسِّلْعَةُ لِلْعَامِلِ ، وقِيلَ : يُخْلِفُهُ جَبْرًا .

الأول مذهب ابن القاسم في « المدونة » ، وإنما كانت السلعة للعامل ؛ لأن أدنى حال العامل أن يكون كالوكيل ، والوكيل تلزمه السلعة في مثل هذا ، والقول بإجباره على الخلاف للمغيرة ، ورأى أن الدراهم والدنانير لا تتعين ، وانظر هل رأس المال عنده المال الثاني أو هو الأول ؟

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والحاكم (٢٣٠٩) والدارقطني (٣/ ٢٧) والبيهقي في « الشعب » (٤٣٤٨) ،وفي « الكبرى » (١١٢١١، ١١٧٠٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٩٧) .

ولَو اشْتَرَى بِمِائَتَيْنِ وَالْمَالُ مِائَةٌ فَشَرِيكٌ بِالنِّصْفِ فَإِنْ كَانَتْ الْمِائَةُ نَسِيئَةً قُوِّمَتْ وَكَانَ لَهُ نِسْبَةُ قِيمَتِهَا ...

تصور المسألة ظاهر ، ولا خيار لرب المال إن اشترى العامل النصف الآخر لنفسه ، وإن اشتراه أيضاً للقراض فربُّ المال مخيـر بين أن يدفع إليه مائة وتكون السلعة كلها للقراض أو لا يدفع ويكون العـامل شريكاً وإن كـانت المائة نسيـئة وفي معنـى النسيئـة أن تكون على التقاضي .

(**قُوِّمَتْ**) أي : بعَرْض ، ثم العَرْضُ بنَقْدٍ ، قاله ابن المواز .

وكان شريـكاً بنسبة قيـمتها ، وهو مـذهب « المدونة » الذى أصلح سحنون « المدونة » عليه وقاله أشهب وابن القاسم .

وقال ابن القاسم : وروى أيضـاً عن مالك أن يكون شريكاً بما زادته قيـمة السلعة على مـائة القـراض ، وهو الـذي كـانت « المدونة » عليـه ، وهي رواية القـابـسي عن الدبَّاغ والإبياني، والأول هو اختيار ابن المواز وصاحب « البيان »[١] وغيرهما .

الْعَاقِدَانِ كَالْوَكِيلِ والْمُوَكِّلِ .

هذا هو الركن الرابع ، وكأن المصنف راعى الترتيب الوجودي ، فقدم الكلام على المال ثم على العمل ثم على الربح ؛ لأنه بعده .

فإن قلت : لو راعى هذا لقدم الكلام على المتعاقدين .

قيل : لعله إنما قدم الثلاثة لأجل إنهاء القيود المصرح بها في التعريف ، والكلام على ما يتعلق بالتعـريف مقدم ، وكانا كالوكيل والموكل ؛ لأن العامل لما كـان مأذوناً له في العمل كان كالوكيل ، ولما كان لرب المال إذن كان كالموكل ، ويؤخذ منه أنه لا يقارض الذمي كما لا يوكل .

وإِذَا تَعَدَّدَ الْعَامِلُ فَالرِّبْحُ بِقَدْرِ عَمَلِهِمْ كَالشُّرَكَاءِ

أي : فلا يجـوز أن يتساويا في العـمل ويتفاضـلا في الربح كشركـاء الأبدان ، قال في «البـيان »[٢]: ويجوز ذلك على ما يدل عليه مذهب سـحنون لاعتراضه على ابن القاسم

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٣٠) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٣١) .

بقوله : وليس يجوز لصاحب المال أن يدفع المال على النصف وأقل منه وأكثر ، وصوبه ابن رشد وغيره ؛ لأنه إذا أعطى أحدهما على النصف والآخر على الثلث فكأن رب المال وهب لأحدهما السدس ، وعلى مذهب ابن القاسم إذا فات ، فقال محمد وابن حبيب : يقسم الربح على ما سموا ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله على العامل .

وقال أحمد بن خالد : بل على رب المال ، وقال جماعة : بل يرد إلى حكم القراض الفاسد ، ثم اختلف هؤلاء ، فقال التونسي : يكونان أجيرين ، وقال : أفضل لهما قراض مثلهما .

ابن عبد السلام : قول التونسي أظهر عندى وأجرى على قواعد المذهب ؛ لأن القراض فاسد ، فإذا وقع عليه « التفريع» وأنه ممنوع ابتداء ، ويدل كلام المصنف على الجواز إذا وقع الربح على قدر العمل ، وفهم صاحب « البيان » « المدونة » على ذلك ، قال : لتعليله فيها ؛ لأنهم كالشركاء ، وكرهه في «الموازية» وإن كان الربح قدر الأجزاء ؛ أي لأن أحدهما قد يكون أبصر من الآخر بالتجارة .

وَلِلْعَامِلُ نَفَقَتُهُ فِي السَّفَرِ وَفِي إِقَامَتِهِ بِغَيْرِ وَطَنِهِ لِلْمَالِ فِي الْمَالِ بِالْمَعْرُوفِ

نقل عبد الوهاب[1] الإجماع على وجوب النفقة للعامل إلى زمان الشافعي ، فقال في أحد قوليه : لا نفقة له ، واحترز (بِغَيْرِ وَطَنِهِ) مما لو قام بوطنه ، فإنه لا نفقة له ، وهكذا في «المدونة »وغيرها ، وظاهر كلام مالك الإطلاق .

وقال اللَّخْمِيّ : محمل قوله أنَّ ذلك العمل لم يقطعه عن الوجوه التى كانت تقوم منها نفقته ، وأما إن كانت تشغله فله النفقة كالمسافر .

وعلى هذا التقييد حكى ابن القاسم المسألة مختصراً عليه .

الليث في « المدونة »[2] : ولا نفقة للحاضر إلا أن يشغله البيع فيتعدى بالأفلاس .

ابن المواز : وأبى ذلك مالك ، وقال : من اشتغل في الحضر بتجارة القراض فلا يأكل منه وقول الليث : بالأفلاس هو جمع قلة وهو للثلاثة إلى العشرة .

---

(١) « المعونة » (٢/ ١٢٦) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٩٤) .

وقوله : (فِي الْمَـالِ) أي : لا في ذمة رب المال ، ولهذا لو أنفق العامل في سفره من مال نفـسه ثم هلك مال القـراض لم يلزم رب المال بشيء ، وكذلك إذا زاد ما أنفـقه على مجموع المال لم يرجع بالزائد ، وهكذا في « المدونة » .

وقـوله : (بِالْمَـعْـرُوفِ) أي : من غير سرفٍ من طعامـه وشرابه وركوبه ومسكنه ، أشهب عن مالك : وحجامته وحمامه ، قال : وليس له دواء .

فرعان :

الأول : قال في « المدونة »[1]: ولو أخذ المال ببلد له أهل بها فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه ؛ لأنه ذهب بها إلى أهله ، ورجع بها إلى أهله .

وقال أشهب : بل له النفقة في الذهاب والرجوع دون الإقامة .

الثـاني : قـال في « المدونة »[2]: وإذا تزوج بغير بلد إقامته فمـن يومئذ تسقط نفقته ، محمد : يريد : ودخل .

اللَّخْمِيّ : وإن كان تزويجه لأجل قيامه للعمل بالقراض ولولا ذلك لم يقم ولا تزوج لم تسقط نفقته .

وتُوَزَّعُ عَلَى مَا بِيَدِهِ ، وَلَوْ أَخَذَهُ بَعْدَ أَنِ اكْتَرَى وتَزَوَّدَ

يعني : لو كان بيده مالان وزع نفقته عليهما سواء كان المال الآخر للعاملِ أو لرجل آخر.

قال في « المدونة »[3] : والتوزيع على قدر المالين بالحصص ، وخرج اللَّخْمِيّ فيها قولاً بأنهما على السواء من أحد القولين في نفقة الآباء على الأولاد وأحدهم أكثر يساراً .

وفيه نظر ؛ لأن موجب النفقة هنا المال ، فـينبغي أن تراعى كثرته وقلته بخلاف الأولاد فإن الموجب الأبوة ، وهي لا تختلف .

وظاهر كلام المصنف وكلام المتقدمين أنه لا فرق بين أن يكون كل واحد من المالين كثيراً يحتـمل النفقة لو انفـرد أو يكون المجموع كثـيراً أو يكون أحدهمـا كثيراً والآخـر قليلاً ، واختار اللَّخْمِيّ في المالين اللذين يقصر كل واحد منهما بانفراده على الإنفاق السقوط ؛ لأن

---

(١) « المدونة » (١٢/ ٩٢) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ٩٢) .

(٣) « المدونة » (١٢/ ٩٧) .

رب كل واحد منهما قد دخل معه على عدم النفقة ، وكذلك اختار السقوط عن صاحب القليل إذا كان أحدهما كثيراً .

ابن عبد السلام : والذي قاله ظاهر بشرط أن لا يكون من شأن العامل أخذ القراض من الناس .

وقوله : (**وَلَوْ أَخَذَهُ بَعْدَ أَنِ اكْتَرَى**) يعني : لا فرق في التقديم بين أخذ المالين دفعة أو متعاقبين ، ولو أخذ الثاني بعد أن اكترى للسفر وتزود له ، وخرج اللَّخْمِيّ في هذه الصورة قولاً بسقوط النفقة عن المال الثاني من أحد القولين في من خرج لحاجة ثم أخذ قراضاً ، أنه لا نفقة في مال القراض .

وَلَوْ خَرَجَ فِي حَاجَةٍ لَهُ وَزَّعَ النَّفَقَةَ عَلَيْهِمَا

هذا هو ظاهر « المدونة » وفي « الموازية » السقوط ، وزعم اللَّخْمِيّ أنه المعروف ، وعلى مذهب « المدونة » ففي « العتبية »[1] وغيرها : ينظر قدر نفقته في طريقه ، فإن كانت مائة والقراض سبعمائة فعلى المال بسبعة أثمان النفقة ، وفي هذا التوزيع نظر لا يخفى عليك ، أما الخارج لأهله فنص « المدونة »[2] وغيرها على أنه لا نفقة له ، ولعل اللَّخْمِيّ يرى أن هذه المسألة هي أصل المذهب ، وأن مسألة الخروج للحاجة مخالفة لأصل المذهب، لكن قال صاحب « النكت »[3]وغيره : إنما فرق مالك في « المدونة » بين المتوجه إلى أهله والماضي لحاجته ؛ لأن الماضي إلى أهله لا بد من المشي إليهم ، والحاجة قد يكفاها وقد يبدو له عنها .

تنبيه :

يستثنى من الخارج لحاجة الخارج لحج أو لغزو ، وفي « المدونة »[4] : لا نفقة لهما ، قيل لمالك : إن عندنا تجاراً يأخذون المال قراضاً فيشترون به متاعاً يشهدون به المواسم ولولا ذلك ما خرجوا، هل لهم في المال نفقة ؟ قال : لا نفقة لحاج ولا غاز في مال القراض في ذهاب ولا رجوع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٣/ ٣١٥) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ٩٨) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/ ١٣٣) .

(٤) « المدونة » (١٢/ ٩٨) .

الباجي[١]: وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه ؛ لأن ما لله تعالى لا يشرك معه غيره.

أصـبغ : ولا نفقة له في إقامته في الحج إلا أن يقيم بعد انقضاء الحج للمال خاصة ، فمن يومئذ تكون له النفقة ، ولم ير اللَّخْمِيّ لهذا أثرا ، بل عارض الحج بمسألة الحاجة .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : والإِخْدَامَ إِنْ كَانَ أَهْلاً

أي : إن كان مثله لا يخدم نفسه ، وأسقط المصنف ما اشترطه في « المدونة » في هذا ، وهو أن يكون كثيراً .

ابن عبد السلام : وإنما أسقطه لاشتراطه كثرة المال في النفقة ، والخدمة أخص من النفقة، وكل ما هو شرط في الأعم هو شرط في الأخص ، هذا معنى كلامه .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا أَشْبَهَ

أي : قول العامل في مقدار النفقة (إِذَا أَشْبَهَ) ذلك نفقة مثله ، قاله في « المدونة »[٢] ، وزاد فيها : وإذا قال : أنفقت مائة درهم لا رجوع بها صدق وربح أو خسر ، قال في «العتبية »[٣] : وإذا ادعى بعد المفاصلة أنه نسي طلب النفقة قبل قوله ويحلف .

وقال في « المدونة »[٤] : ولو ادعى ذلك بعد المقاسمة لم يصدق .

أبو الحسن : معناه إذا وقع كما قال في الحمال يدفع للحمولة ، ثم ذكر ما في « العتبية» وقال ابن عبد السلام بعد كلامه في « المدونة » : وقبل مالك قوله في ذلك وذكره ابن المواز وظاهره أنه حمل « المدونة » على إطلاقها .

وَلَهُ الْكِسْوَةُ فِي بَعِيدِه إِنْ كَانَ الْمَالَ لَهُ بَالٌ - قَالَ مُحَمَّدٌ : نَحْوُ خَمْسِينَ دِينَاراً - لا فِي قَرِيبِه، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِلا أَنْ يَطُولَ ...

لأنه في القريب لا يحتاج إلى الكسوة بخلاف البعيد ، وبخلاق ما لو أقام في القريب زماناً طويلاً ، قاله ابن القاسم في « المدونة »[٥] ، وهو الذي نقله المصنف عنه .

---

(١) « المنتقى » (٧/ ٩٩) .
(٢) « المدونة » (١٢/ ٩٩) .
(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣١٩) .
(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٠٧) .
(٥) « المدونة » (١٢/ ٩٩) .

وعطفه قول ابن القاسم على كلامه السابق يدل على أن النفقة تسقط في السفر القريب على القول الأول مطلقاً ، وهو صحيح ، قاله مالك في « الواضحة » ، وجعل ابن القاسم الشهرين والثلاثة طولاً ، ووقع لابن القاسم أيضاً أن ما بين مصر ودمياط قريب ، والمذهب وجوب جميع الكسوة .

وقال عبد الوهاب[(١)] : لا يجب من الكسوة إلا التى لولا الخروج لم يحتج إليها .

ورده الباجي[(٢)] بالنفقة ، فإنها تجب للعامل جميعها في السفر لا في القدر الذي زاد على الحاضر .

خليل : وفيه نظر ، فإن القاضي نص في تلقينه على أنه ليس للعامل من النفقة في السفر إلا ما زاد على الحضر ، وهو اختيار التونسي وعبد الحميد .

أما إن رجع العامل من السفر وعليه كسوة ، فأراد رب المال أخذها ، فقال في «الموازية»: إن كانت القسوة بليت فليس له أخذها ، محمد وكذلك الغرارة والإداوة .

المازري : وهو يشبه ما في « المدونة » إذا فرض القاضي كسوة الزوجة ثم طلقها الزوج وأراد أخذها ، فقال : إن كانت القسوة بليت لم يأخذها ، وإن بقيت جديدة أخذها .

ووجوب الكسوة مقيد بما إذا كان المال كثيراً ، ولعل المصنف اكتفى عن ذلك بقوله :

وَأَمَّا الْمَالُ الْقَلِيلُ فَلا نفقة فِيهِ وَلا كِسْوَةَ

يعني : أن ما ذكرناه من وجوب النفقة والكسوة فذلك مشروط بأن يكون المال كثيراً ، أما القليل فلا نفقة فيه ولا كسوة ، وهكذا قال مالك وغيره .

ابن المواز : وليس في كثرة المال حد غير أن الأربعين والخمسين عندي كثير ، وفي «الموازية » أيضاً نفي التحديد ، ولمالك عند ابن شعبان : لا ينفق إذا كان يسيراً كسبعين ديناراً .

وفي اللخمي : إذا سافر بالمال فهو في النفقة على ثلاثة أوجه : إن كان المال كثيراً فله النفقة والكسوة ، وإن كان متوسطاً يجحف به اجتماع النفقة والكسوة ولا يضر به انفراد النفقة فهي له دون الكسوة ، وإن كان قليلاً لم يكن له شيء ، وإن كان السفر قريباً فله

---

(١) « المعونة » (٢/ ١٣٠) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٩٩) .

النفقـة فقط ، وإن كان قليـلاً لم تكن له نفقة ، وعلى هذا فـينبغي أن يحمل قـوله : أما القليل فلا نفقة فـيه ولا كسوة على القليل جداً ، وأما المتوسط ففـيه ، وفي السفر القريب النفقة ، وهكذا نص عليه ابن القاسم في « العتبية »[١] .

قال في «الموازية» : وإذا بعث معه بضاعة يشتري له بها سلعة ينفق منها قبل أن يشتري؟ قال : نعم ، وكذلك لو بعث معه سلعة ليبيعها له ، فلينفق منها إذا باع إن كان ذلك على وجه المعروف .

ابن يونس : وقد جرى العرف بالنفقة والكسوة في القراض وظاهر أمرهم في البضاعة إن كان الخروج لها ومن أجلهـا فيجب أن يكون له أجره ونفقته ، وإن كـان إنما خرج للتجارة لنفسه وبعثت معه بضاعة أو مالاً لشراء سلعة فالعرف عندنا : لا شيء فيه فيجب أن يحمل عليه ، انتهى .

واللَّخْمِيّ قريب من هذا فـإنه قال بعد كلامه في « الموازيـة » : العادة اليوم أنه لا ينفق ولا يكتسي من البضاعة ، وأنه فيها على أحد أمرين ، إما أن يعمل فيها على وجه المكارمة فلا نفقة له ، أو على وجه الإجارة فلا يكون له غيرها .

وقيد الشيخ أبو محمد ما في « الموازية » من وجوب الإجارة على البضاعة الكثيرة بما إذا كان العامل مثله يؤاجر نفسه وإلا فلا .

ولما فرغ من أركان القراض الصحيح وأحكامه شرع في الفاسد فقال :

وَإِذَا فَاتَ الْقِرَاضُ الْفَاسِدُ فَثَلاثُ رِوَايَات : قِرَاضُ الْمِثْل ، وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ

(**فَـاتَ**) أي: بالعمل ، قاله صـاحب « المقدمات »[٢] وغيره ؛ أي : فـفيه (**ثَـلاثُ رِوَايَات**) بحذف الخبر .

وقوله : (**قِراضُ الْمِثْلِ**) هو تفسير للرواية الأولى - وهي رواية أشهب - وبها أخذ هو وابن الماجشون .

وقوله : (**وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ**) تفسير للثانية ، ومنشأ الخلاف فيها ما فسد من العقود المستثناة هل ترد إلى صحـيحها فـيجب قراض المثل أو صـحيح أصلها ؟ فتـجب أجرة المثل ؛ لأن القراض مستثنى من الإجارة المجهولة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٦٤) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ١٩١) .

ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا فَسَدَ لِزِيَادَةِ أَحَدِهِمَا أَوْ لِشَرْطِ رَبِّ الْمَالِ مَا يُحْوِجُ إِلَى نَظَرِهِ فَأُجْرَةُ الْمِثْلِ ومَا عَدَاهُ - كَضَمَانِ الْمَالِ ، أَوْ تَأْجِيلِهِ - فَقِرَاضُ الْمِثْلِ ، وَرُوِيَ فِي الْفَاسِدِ بِالضَّمَانِ: لَهُ الأَقَلُّ مِنْ قِرَاضِ الْمِثْلِ أَوْ الْمُسَمَّى ...

يحتمل أن يكون قول ابن القاسم هو الرواية الثالثة ؛ لأنها أيضاً رواية حكاها ابن حبيب، ويكون قوله بعد ذلك : (وَرُوِيَ) رواية رابعة ذكرها المصنف زيادة ، ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم معترضاً ، ويكون قوله : (وَرُوِيَ) هي الرواية الثالثة ، ويؤيد هذا أن المصنف لم يذكر قول ابن القاسم رواية ، واختار ابن عبد السلام هذا .

خليل : فقد يقال : بل الوجه الأول أولى لوجهين :

أما أولاً : فلأن القول بالتفصيل هو الرواية الثالثة في «الجواهر»، ويغلب على الظن أن المصنف يتبعه .

وأما ثانياً : فلأن الرواية الرابعة خاصة بمسألة واحدة ، نعم خرجها صاحب «المقدمات»[1] في سائر صور القراض الفاسد .

ويزيد قولا خامساً لابن نافع من «كتاب ابن مزين»: إن اشترط الزيادة إن أسقطها صح القراض ، وإن أبى أبطلناها ، ورد إلى أجرة مثله في المال وربحه ووضعيته لربه ، وسادسها بإمضاء القراض على ما اتفقا فيه من وجه صحيح وإسقاط الشرط الفاسد ، ووقع مثله لابن نافع في القراض إلى أجل .

وسابعها : خرجه عبد الوهاب على ما ذهب إليه ابن المواز أنه يرد إلى قراض مثله إلا أن يكون أكثر من الجزء المسمى إن كان رب المال هو مشترط الشرط ، وإن كان العامل هو مشترط الشرط فإنما يكون له الأقل من قراض المثل أو الأجرة أو من الجزء المشترط من الربح .

وما حكاه ابن زرقون فقال : وحكى أبو عمران أن أشهب وابن الماجشون قالا : لا يرد إلى أجرة مثله في المسائل كلها إلا في مسألة واحدة : إذا اشترط أن لا نفقة للعامل ، والمشهور هو قول ابن القاسم .

---

(١) « المقدمات » (٢/١٩١) .

تنبيهان :

الأول : لم يَحْكِ ابن شاس القول الثالث كما حكاه المصنف ، بل قال : وروى أن منه ما يرد إلى قراض المثل ، ومنه ما يرد إلى أجرة المثل ، حكاه ابن حبيب عنه ، وقال به ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ ، ثم اختلف في تفصيل ذلك وتعيينه على طرق :

الطريقة الأولى : ما قاله ابن القاسم : وهو أن كل ما اشترط فيه رب المال على العامل أمراً قصره به على نظره أو شرط فيه زيادة خالصة لنفسه ، أو شرطها للعامل كذلك فهو مردود إلى أجرة المثل وما سوى ذلك ؛ كأخذه على الضمان أو إلى أجل وشبه ذلك ، فهو مردود إلى قراض المثل .

والطريقة الثانية : ما حكاه محمد بن حارث أن كل قراض فاسد في أصله لزيادة لا تحل أو لتخطير لا ينبغي ، فحكم العامل فيه أجبر ، وما سوى ذلك فمردود إلى قراض المثل حاشا مسألتين : إحداهما : إذا اشترط الضمان على العامل ، والأخرى : إذا اشترط على العامل أن يمسك المال مدة معينة فقط ؛ كسنة أو غيرها ، فإنه يرد في هاتين المسألتين إلى قراض المثل .

الطريقة الثالثة : ما ذكره عبد الحق(١) ، قال : الأصل في ذلك أن كل زيادة ومنفعة شرطها أحد المتقارضين في المال داخلة فيه ليست خارجة عنه ولا خالصة لمشترطها ، فهو يرد إلى أجرة مثله ، وكل زيادة أو منفعة اشترطها أحدهما لنفسه وخارجة من المال خالصة لمشترطها ، فهو يرد إلى أجر مثله ، وكل خطر وغرر تعاملا به خرجا من بينة القراض الجائز ، فهو رد إلى أجر مثله .

التنبيه الثاني : ضبط عياض الصور التي فيها قراض المثل على مذهب « المدونة » وعدها تسعاً وما سواها ففيه أجرة المثل ، والتسعة : القراض بعرض ، والقراض إلى أجل ، والقراض على الضمان ، والقراض بجزء مبهم ، والقراض بدين يقبضه المقارض من أجنبي، والقراض على شرط في المال ، والقراض على أنه لا يشتري إلا سلعة كذا مما لا يكثر وجوده فاشترى غير ما أمر به ، والقراض على أنه لا يشتري إلا بدين فاشترى بنقد ، والقراض على عبد فلان ثم يبيعه ويتجر في ثمنه ، وقال : ومما جعل فيه قراض في

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٣٥) .

الكتاب مسألة عاشرة ليست من القراض الفاسد ، وهي إذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه وحلفا ، وقد نظم بعضهم هذه الأبيات فقال :

لكل قراض فاسد أجر مثله قراض ... سوى تسعة قد فصلت ببيان
قراض بعرض أو بدين أو مبهم ... وبالشرط والتأجيل أو بضمان
ولا يشتري إلا بدين فيشتري بنقد ... وأن يبتاع عبد فلان
ويتجر في أثمانه بعد بيعه ... فهذه إذا عدت تمام ثمان
وأن يشتري ما لا يقل وجوده ... إن اشترى سواه اسمع بحسن بيان
كذا ذكر القاضي عياض وأنه ... خبير بما يروي فصيح لسان

وزاد ابن راشد حادية عشر ، وهي أن يعطيه دنانير يصرفها ثم يتجر بثمنها .

ابن راشد : وقد نظمت فيها هذه الأبيات :

وأجرة المثل في القراض تعينت ... سوى تسعة قد خالف الشرع حكمها
قراض بعرض واشتراط ضمان ... وتحديد وقت والتباس يضمها
وأن يشتري غير المعين للشراء ... وأن يشتري بالدين فاختل رسمها
وأن يشتري عبداً لزيد يبيعه ... وأن يتجر فيه باجتهاد يلمها
وأن يقبض الدين الذي عند غيره ... وأن يشترط بلفظ يعمها
وما قد قضاه الحكم من بعد التحالف ... مع التجر في صرف لعين فضمها

وَقِرَاضُ الْمِثْلِ فِي الرِّبْحِ ، وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ فِي الذِّمَّـةِ ، ابْنُ حَبِيبٍ : كِلاهُمَا فِي الرِّبْحِ ، وَقِيلَ : كِلاهُمَا فِي الذِّمَّةِ ، فَيُقَدَّرُ تَقْوِيمُ جُزْءِ الرِّبْحِ لَوْ صَحَّ الْعَقْدُ

لما ذكر أنه يجب على قول قراض المثل وأجرة المثل وعلى إخراجه المثل ، ويفصل على آخر جناح إلى بيان الفرق بين قراض المثل وأجرة المثل ، فذكر أنَّ قراض المثل يتعلق بالربح إن كان في المال ربح ، وإن لم يكن فيه ربح فلا شيء له فيه ، وأجرة المثل ثابتة في ذمة رب المال ، كان في المال ربح أو لم يكن .

قال في «الجواهر»[1]: وهكذا قال بعض أصحابنا إلا ابن حبيب ، قال : له أجرة مثله

(١) « الجواهر » (٣٨/٣) .

من الربح أيضـاً ؛ لأن العامل إنما دخل على أنه إنما يأخـذ من الربح ، والقول بأنهـما في الذمة نقله عبد الوهاب[١] عن بعض الأصحاب ، فقال : ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمـه ، ويفرق بينهـما بأن يجعل حظ العـامل بقدر ما يسـاوي عمله مما رضيه عوضاً لو صح العقد ، فيكون له بقية ذلك .

خليل : وفي عده قولان نظر ؛ لأنه إنما نقله عبد الوهاب عن ابن القصار ، إنما نقله عن طريق الاحتـمال ، ونص ما في « المقـدمات »[٢] : وقد حكـى عبد الوهـاب في «شرح الرسالة» عن القـاضي أبي الحسن أنه قال : يحـتمل عندي على قول مـالك أن يكون له ما يساوي قراض مثله ، وإن كان في المال وضيعة .

عـبـد الوهاب[٣] : والفرق على هذا بين قراض المثل وأجرة المثل أن أجـرة المثل متعلقة بالإطلاق ، وقراض المثل مـتعلق بالشرط ، فيـقال في الإجارة : لو استـأجر رب المال من عمل له هذا العمل كم تكون أجرته فيكون للعامل ذلك ؟

ويقال : في قـراض المثل إن كان العامل قد رضـي بجزء كذا على هذا الشرط الفـاسد فينبغي أن يكون له ، فما قيل من شيء فهو قراض المثل .

فقـراض المثل على تأويل القاضي أبى الحـسن راجع إلى أجرة المثل ، وإنما يـختلف في صفة التقويم .

ابن رشـد[٤] : وهو بعيد جداً ، وحاصله أن فى الإجارة يقدر عوض العمل مجرداً عن الشروط وفي القـراض يقدر مضافاً إلى تلك الـشروط ، ويتبع هذا بالضرورة كـثرة العمل وقلته .

ابن عـبـد السـلام : ويفرق أيضـاً بين قراض المثل وبين أجرة المثل ، أنَّـا حيث حكمنا بقراض المثل يلزم تمـادي العامل على عمله ، كـما في المساقـاة الفاسدة ، وحـيث حكمنا بأجرة المثل يـنفسخ العمل مـتى عثـر عليه ويكون للعـامل أجرة ما عـمل ، ولا يمكن من

---

(١) انظر « المقدمات » (٢/ ١٩٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ١٩٢) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ١٩٣) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ١٩٣) .

التمادي ، وهذا الفرق أيضاً ليس متفقا عليه ولكنه هو المشهور ، وكذلك أيضاً فرقوا من وجه آخر في المشهور ، فجعلوا أن العامل أحق من الغرماء إذا وجب له قراض المثل .

واختلفوا هل يكون كذلك في أجرة المثل ؟ فقال بعض القرويين: ليس هو أحق على ظاهر « المدونة » و « الموازية » ، وإليه نحا عبد الوهاب ، وقال بعضهم : هو أحق إذا كان المال في يديه حتى يستوفي أجرة مثله ؛ لأنه نماء المال بأجرة فاسدة ، فأشبه ما لو استأجره على خياطة ثوب إجارة فاسدة .

وَلَهُ خَلْطُهُ بِمَا بِيَدِهِ لَهُ وَلِغَيْرِهِ

أي : وللعامل خلط القراض ، **(وَلِغَيْرِهِ)** لأن كثرة المال تحصل الربح الكثير ، وإن افتقر إلى نفقة أو كسوة كان منضوضاً على جميع ما بيده ، وفي ذلك رفق بصاحب المال ، قال في « المدونة »[(١)] : ولا يضمن العامل إذا خلطها بغير شرط ، ومن شرط الخلط أن يكون في العين أو في العرض المثلي وأما إن كان من المقومات فلا ؛ لأن القيم تختلف ، نص على ذلك اللخمي في البضائع والباب واحد .

ابن عبد السلام : وليس له الخلط إلا لمصلحة ؛ لأن مالكاً قال في « المدونة »[(٢)] : إذا خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض أو أخره وقع الرخص في ماله ، فالصواب أن يخلطهما ، ويكون ما اشترى بهما من السلع على القراض وعلى ما يبتدئ فيها .

قال : ولو أخذ من رجل قراضاً ، فله أن يأخذ من آخر إن لم يكن الأول كثيراً لا يشغله الثاني عنه ، وقد تقدم حكم القراض على شرط الخلط .

بِخِلافِ الشَّرِكَةِ وَالْبَيْعِ نَسِيئَةً - فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا

أي : فإنه لا يجوز للعامل أن يشارك غيره ، يريد : ولو كان عاملاً آخر لرب القراض وقاس ذلك في « المدونة » على منع المودع أن يودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة ، ولا أن يبيع نسيئة إلا أن يأذن له رب المال ، والفرق بين الخلط والشركة أن المال في الخلط لم يخرج عن يد من أمنه رب المال بخلاف الشركة ، وإذا ظهر لك ذلك في الشركة فهو في البيع نسيئة أظهر ، لأنه في الشركة لم يخرج جميع المال عن يده بخلاف هنا .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٩٨) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/١٩٨) .

وقوله : **(وَالْبَيْعِ)** مجرور بالعطف على الشركة .

وقـوله : **(فَـإِنْ فَعَلَ ضَـمِنَ)** : أي في مسألتي الشركة والبـيع نسيئة ضمن، ووقع في «المدونة »[1] قول بجواز إعطائه السلم ، واستغربه أبو عمران وغيره .

قـوله : **(وَالرِّبْحُ بَيْنَهُـمَـا)** لأنه يتهم أن يكون قصد الاستـبداد بالربح فعوقب بنقيض القصد، وإلا لو قلنا : إن الربح للعـامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعـدي ليستقل بالربح ، ولهذا قلنا : إن كل من أخذ المال للتنمية فتعدى فـيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لربه وأما المقارض فالربح لهما على شـرطهما ، وقد صرح المصنف رحمه الله باطّراد هذا بقوله:

وَكَذَلِكَ كُلُّ تَعَدٍّ فيه

وكل من أخذ مالاً على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع .

ابن عبـد السلام : وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة ؛ لأنهـا توجب انتقال مال القراض إلى ذمتـه ، وذلك موجب لكونه مالكاً للربح .

تنبيه :

ذكر ابن يونس عن بعض القرويين أنه إذا باع سلع القـراض المأذون في شرائها بثمن إلى أجل ، أنه قال : يباع الدين على مذهب ابن القاسم ، ويضمن ما خسر .

وفي «الموازية» : إذا أسلم في طعـام ، أنه يغـرم رأس المال ، ويستـأنى بالطعام حـتى يقبض ، فـإن كان فيه ربح اقـتسماه ، وإن أسلم في غـير الطعام لم يجز أيضـاً ، وبيعت السلعة بعد أن يقبض بنقد ، وإن كـان فيها فضل فهو بينهما ، وإن كان فيـها نقصان غرمه العامل .

أَمَّا لَوْ نَهَاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَ الْعَمَلِ فَاشْتَرَى فَكَالْوَدِيعَـةِ لَهُ رِبْحُهَا وعَلَيْهِ غُرْمُهَا بِخِلافِ مَا لَوْ نَهَاهُ عَنْ سِلْعَة فَاشْتَرَاهَا ...

أتى بـ**(أَمَّـا)** المقتضية للتفصيل ، يعني أن ما قدمه من الربح بينهما في كل تعد إنما هو إذا لم ينهه قبل العمل عن العمل ، وأما لو نهـاه عن العمل قبل العمل فإن المال يبقى تحت

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٠١) .

يده حينئذٍ كالمودع ؛ لأنه ليس للعامل أن يعمل به ؛ لأن عقد القراض منحل ، فلذلك يستقل العامل في هذه الصورة : بالربح ، هكذا قال في «المدونة»(١) و «الموازية» و«الواضحة»، وقيد ذلك ابن حبيب ، فقال : ما لم يقر أنه اشترى السلعة للقراض فالربح على القراض وهو ضامن ؛ أي : لأن العامل التزم لرب المال نصيبه من الربح فيلزمه الوفاء به .

ابن عبد السلام : وفي ذلك نظر لاحتمال أن يقال : إنما التزم العامل ذلك إلا على شرط عدم الضمان ، والله أعلم .

قوله : (**بِخِلافِ مَا لَوْ نَهَاهُ عَنْ سِلْعَةٍ فَاشْتَرَاهَا**) أي : فلا يستبد بالربح ؛ لأنه مأذون له في حركة المال فلم يكن له أن يستقل بربحه .

وَلَهُ السَّفَرُ عَلَى الأَصَحِّ مَا لَمْ يَحْجُرْ

الأصح مذهب « المدونة » وهو المشهور ، ووجهه أن عقد القراض يقتضي الإطلاق ، والأصل عدم التقييد ، ومقابله لابن حبيب قال : لا يخرج من بلد رب المال إلا بإذنه .

وقال سحنون : ليس له أن يسافر بالمال اليسير سفراً بعيداً إلا بإذن ربه ، واعتبر اللخمي هنا قرائن الأحوال إن كان شأن العامل السفر فله السفر ، وإن لم يكن ذلك من شأنه فليس له ذلك، فإن قلت : لم جاز له السفر في الإطلاق ولم يجز له في الإطلاق البيع بالدين، والسفر والدين مقصودان للتنمية ؟

قيل : لأنه في السفر يخرج معه فلم يتهم في التغرير بالمال .

وقوله : (**مَا لَمْ يَحْجُرْ**) هو قيد في الأصح وهو ظاهر المذهب ، ولمالك في «الموازية»: لا يصلح أن يشترط عليه ألا يسافر به والحجر على الأول مقيد بأن لا يكون استغل المال.

ابن عبد السلام : في سلع تصلح للسفر ، قاله مالك في « المدونة »(٢) .انتهى .

والذي في « المدونة »(٣) : يعني وإن لم يشترط ذلك ، فليس له أن ينهاه عن السفر إذا استغل المال .

---

(١) « المدونة » (١٢/١٠١) .

(٢) « المدونة » (١٢/١٠١) .

(٣) « المدونة » (١٢/١٠٢) .

ابن القـــاسم : ولو هلك رب المال بعد أن تجـهز به فليس لورثتـه منعه وهم في ذلك كوكيلهم .

وفي «الموازية» : إذا قام غـرماء رب المال بعد أن تجهـز بالمال وأمكن بيع السلعَ ، بِيعَت وأخذ ذلك الغُرماء ، وكذلك إن كان ذلك عيناً فـلهم أخذه ، وأمَّا غرماء العامل فلا شيء لهم إلا بعد وصول المال إلى ربه .

بعض القرويين : والأشبه أيضاً ألا يكون لغرماء رب المال ذلك ، كما لم يكن له هو أن يأخذ المال في غير البلد ، وكذلك لو لم يشتر بالمال شـيئاً بعد خروجه ، فلا يكون له ولا لغرمائه أخذ شيء من المال منه . انتهى .

وكذلك قال ابن عـبد السلام : الذي قال في «الموازية» في غرمـاء العامل واضح ، وما قاله في غرماء رب المال مشكل ، وظاهره خلاف «للمدونة» فتأمله .

فرع :

قال في «المدونة»[١] : ويجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا ينزل بطن واد ، ولا يمشي بليل ، ولا يبـتاع سلع كـذا ، ولا يحمله في بحـر ، فإن فـعل شيئـاً من ذلك ضمن، وقاله الفقهاء السبعة .

وَلَهُ أَنْ يُزَارِعَ وَيُسَاقِيَ مَا لَمْ يَكُنْ مَوْضِعُ ظُلْمٍ فَيَضْمَنُ

يـعنـي : وللعامل أن يدفع الزرع من مال القـراض ليزرع ويساقي ؛ لأن ذلك من أنواع التنمية ، فيكـون له كغيره من وجوه التنمية ، وجـعل له في « المدونة » أن يشتري الأرض ويكريها .

وفي «العتبية»[٢] لابن القاسم في من أخذ قراضاً فاشترى به داراً فأكراها ، فنما المال أو نقص : أراه متعدياً ضامناً .

بعض القـرويين : انظر الفرق بين هذا وبين أن يشتري بذراً ويزرع ، وهل ذلك اختلاف قول ؟ وكيف إن اشترى حيـوانا طلباً لنسله أو باع للكراء ؟ وهل يقال : إن هذا لا يقصده الناس في الغالب ؛ لأنهم يقصدون التجر ؟

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١١٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٤١٣) .

قوله : (**مَا لَمْ يَكُنْ مَوْضِعُ ظُلْمٍ**) هذا إنما صرح به في « المدونة »[١] في المزارعة ، لكن لا فرق بينهما وبين المساقاة ، فظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن، وفي «المدونة»[٢] : إن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن .

فزاد : المخاطرة ، وقد يكون الموضع موضع ظلم ، ولا يعد الزارع مخاطراً لوجاهته أو نحو ذلك ، وإذا ضمنَّاه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم ، فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم ، قاله اللخمي ؛ لأنه متعد في أصل فعله .

وَلا يَشْتَرِي بِنَسِيئَةٍ وَلَوْ أَذِنَ له

أي : (**وَلا يَشْتَرِي**) العامل (**بِنَسِيئَةٍ وَلَوْ أَذِنَ له**) رب المال في ذلك ، وجعلوا اشتراءه بالنسيئة مخالفاً لبيعه بها ؛ لأن البيع بهما يجوز إذا أذن له رب المال في ذلك ، والشراء بها لا يجوز ولو أذن ، لأن بيعه بالدين إنما يلزم منه تعريض المال للتلف ، وهو من حق رب المال فقط ، فلذلك كان له بخلاف الشراء ، فإنه إذا اشترى بالدين فضمانه من العامل والربح له ، قال ابن المواز وغيره : ولا ربح لرب المال ؛ لنهي النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن[٣] .

وَيَبِيعُ بِالْعَرْضِ

أي : أن ذلك من التَّجر المأذون له فيه ؛ **فإن قيل** : العامل في هذا يشبه المفروض وقولهم: إنه لا يبيع بالدين يقتضي أنه يلحق بالوكيل المخصوص .

قيل : المختار أنه كالوكيل المخصوص وعليه تدل مسائلهم إلا أنه وسع له في النظر فلذلك جاز له أن يبيع بالعرض .

وَيَرُدُّ بِالْعَيْبِ وَإِنْ أَبَى الْمَالِكُ

يعني : إن اشترى العامل سلعة من المال ثم اطلع على عيب فله أن يرده بسبب العيب ، وإن لم يرض المالك لتعلق حق العامل بالزيادة ، وهذا مقيد بقيدين :

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١١٩) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ١١٩) .

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٣٤) والنسائي (٤٦١١) وفي « الكبرى » (٥٠٢٧) وأحمد (٦٦٧١) والدارمي (٢٥٦٠) وابن حبان (٤٣٢١) والحاكم (٢١٨٥) والطيالسي (٢٢٥٧) والبيهقي =

أحدهـما - وهو غير خاص بهذه المسألة: أن يكون ذلك على وجه النظر من العامل ، وإن حابى فهو متعد ، يريد فيجوز ذلك مما يحمله نصيب العامل ، قاله في « المدونة »[١]، وكذلك قال : إذا باع العامل سلعة قطعت عليه بعيـب فحط من الثمن أكثر من قيمة العيب أو أقل أو اشترى سلعة من ولده أو ولد ولده فما كان من هذا نظراً من غير محاباة جاز .

ثانيهما : أن يشتري هذا المعيب ببعض مال القراض ، ويدل على هذا القيد قبوله .

فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ جُمْلَةَ الْمَالِ فَلِلْمَالِك قَبُولُهُ

لأن من حجة رب المال أن يقول : أنت لو رددته لنض المال ، وكان لي أخذه ، وهكذا قال في « المدونة »[٢] ، وقيده أبو عمران بما إذا لم يكن ثمن هذا المعيب إذا أعاد إلى يده ، ولا يمكن لرب المال أن يقول : أنت لو رددت لكان لي أخذ الثمن .

وَلا يَشْتَرِي مِنْ رَبِّ الْمَالِ

أي : لا يشتري العامل من رب المال سلعاً ، وهذا مقيد بأن يشتري منه سلعاً للقراض ، وأما إن اشترى لنفسه فجائز ، نص عليه في «العتبية»[٣] ، وظاهر كلامه المنع من ذلك ، وظاهر « المدونة» وهو نص «الموازية» : الكراهة، فـفي « المدونة »[٤] : لا يعجـبني لأني أخاف إن صح هذا من هذين ألا يصح من غيرهما .

ولمالك في «الموازية» و «الأسدية» : الجواز إذا صح الأمر بينهما .

قال صاحب «الـبيان»[٥] : والخلاف في هذا عندي إنما يرجع إلى التـصديق في وقوع الأمر بينهما على الصحة فلم يصدقهما في « المدونة » ، وصدقهما في « الموازية » .

قال : وهذا عندي إنما هو إذا وقع الشراء من ربِّ المال قبل أن يعـمل فيه العامل ، وأما إن وقع الشراء منه بما نض بيد العامل من سلع القراض فيصدقان اتفاقاً .

=في « الكبرى » (١٠١٩٩) من حـديث عبد الله بن عمـرو - رضي الله عنهما، وصحـحه الألباني - رحمه الله - .

(١) « المدونة » (١٢/ ١٢٠) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ١٢١) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٢٠) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٠٥) .

(٥) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٢٠) .

واختار اللخمي الجواز في شراء اليسير دون الكثير ، وجعله في « البيان »[١] ثالثاً .

واختلف قول مالك في صرف العامل من رب المال ، كاشترائه منه وهل الكراهة خشية المحاباة لرب المال فيؤثر ذلك نقصا في المال يحتاج العامل إلى جبره بالربح ، ولأن ذلك ذريعة إلى المقارضة بالسلع ؛ لأن رأس المال راجع إلى يده ولم يدفع إلا سلعاً تعليلان للأصحاب ، ويرد الثاني لمساواة ملك الصرف للشراء .

فرع :

وأما عكس ما ذكره المصنف ، وهو اشتراء ربِّ المال من العامل ففي « الموطأ »[٢] : لا بأس به إذا كان صحيحاً على غير شرط ، وأشار بقوله : « صحيحاً » إلى دفع قصد التوصل إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة وسواء كان شراؤه بنقد أو إلى أجل ، قاله ابن القاسم ، فإن اشترى سلعته ليأخذها من القراض فقال ابن القاسم : لا خير فيه ، فإن اشترى العامل بعض القراض ، فإن كان مع استدامة القراض جاز نقداً ، ولا يجوز إلى أجل ، وأجازه الليث ويحيى بن سعيد إلى أجل أيضاً ، وإن كان عند التفاصل جاز بالنقد، وأما بالتأخير فثلاثة أقوال : منعه مالك .

قال ابن حبيب : وأجازه أصحاب مالك حاشا ما قاله ابن القاسم .

والثالث : الفرق بين أن يكون بمثل رأس المال فأقل ، فيجوز أو بأكثر من رأس المال فلا يجوز ، قاله عيسى عن ابن القاسم .

والظاهر ما حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم : الكراهة فيكون رابعاً .

وَلا بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ

أي : ولا يشتري بأكثر من المال ، ولو كان من عند غير رب المال ؛ لأنه يضمن ما زاد في ذمته ويكون في القراض ، قال في « المدونة »[٣] : ولا خير فيه ، أما لو اشترى الزائد لنفسه ، فإنه يكون شريكاً كما تقدم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٢٠) .

(٢) « الموطأ » (٢/ ٦٨٨) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٠١) .

وَلَو اشْتَرَي مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ عَالِمٌ فَإِنْ كَانَ مُوسراً عَتَقَ وَغَرِمَ ثَمَنَهُ لِضَمَانِه بِالتَّعَدِّي وَوَلاؤُهُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ بِقَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ وحِصَّةِ الرِّبْحِ وَعَتَقَ الْبَاقِي ...

يعني : لو اشترى العامل بمال القراض من يعتق على ربِّ المال ، فإمَّا أن يكون عالماً أو غير عالم ، وسيأتي الكلام على غير العالم ، والمراد بالعالم : بأنه قريب لربِّ المال .

ابن عبد السلام : وهذا هو العلم المشروط في هذا الفصل ، لا علمه بأنَّ الحكم الشرعي إعتَاقه ، فإن العلم بالحكم والجهل لا أثر له عندهم هنا ، وللعالم حالتان : عسر ويسر ، فإن كان موسراً عتق العبد وغرم العامل ثمنه وحصة ربحه ، أي الربح الحاصل قبل الشراء كما لو كان رأس المال مائة، وتجر فيه حتى صار مائتين، ثم اشترى بهما العبد، فإن العامل إنما يغرم رأس المال وحصة رب المال من الربح ، وذلك مائة وخمسون فقط ، ولا يغرم الربح الحاصل في نفس العبد ، قاله ابن رشد[1] وغيره .

وقوله : **(لِضَمَانه بالتَّعَدِّي)** علة لغرمه الثمن .

(وَوَلاؤُهُ لِرَبِّ الْمَـالِ) لأن العامل كأنه التزم عتقه ، وإنما غرم العامل بالتعدي ، وإن كان معسراً ، فقال المصنف تبعاً « للمدونة » : بيع منه بقدر رأس المال وحصة الربح ، وعتق الباقي ، أي الربح الكائن قبل شرائه ؛ لأن الربح فيه إذ لا يمكن رب المال ربح في من يعتق عليه بخلاف ما إذا اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم ، فإن لم يوجد من يشتري إلا جميع العبد فإن جميعه يباع وكذلك لو لم يوجد من يشتري برأس المال وحظ ربه من الربح لا أكثر من حظه في العبد ، فإنه يباع على نحو ما وجد لوجوب تقدم حق رب المال في ذلك العبد ، وحصل في « المقدمات »[2] في هذه المسألة ستة أقوال :

الأول : ما ذكره المصنف ، وهو المشهور .

الثـاني : أنهم يعتقون على رب المال ، وهذا القول يأتي على ما في كتاب الرهون في بعض الروايات .

الثـالث: أن البيع لا يجوز على ما في العتق الثاني في الأب يشتري من يعتق على ابنه الصغير .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٠٠) .
(٢) « المقدمات » (٢/ ٢٠٠) .

الرابع : أنه لا يعتق على كل واحد منهما ، وهو قول ابن القاسم فى أصل سماعه .

الخامس : أنه يضمن الثمن ويكون العبد له ، وهو قول مالك فى رواية ابن أبي أويس.

السادس : أن رب المال بالخيار ، إن أحب أن يأخذه ويعتقه عليه ويكون للعامل فضله إن كان فيه فضل ، وإن أحب أن يضمن العامل بتعديه كان ذلك له ، وعن أشهب إن كان في العبد ربح أعتق منه قدر ذلك وبيع الباقي .

اللخمي : وهو أحسن ولا يعتق عليه ؛ لأنه وكيل لغيره ويعتق الفاضل ؛ لأن العامل مقر أنه لم يشترط لنفسه فيعتق ذلك القدر من باب لا ضرر ولا ضرار ، ونقل ابن يونس عن ابن القاسم قولاً آخر : إن العامل إذا كان معسراً وهو عالم يعتق عليه ويتبع بالثمن .

وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ عتقَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَلِلْعَامِلِ عَلَيْهِ حِصَّةُ رِبْحِه

هذا مذهب « المدونة » و نظراً لدخوله في ملك ربِّ المال ، ولم يكن على العامل شيء لعذره بعدم علمه .

قال في «المقدمات»[1]: ولابن القاسم قول ثان في أصل سماعه: إنهم لا يعتقون على واحد منهما، وعلى المشهور فإن كان رب المال معسراً، فقال بعض الشيوخ: حكمه حكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه وهو معسر، فيبقى حظ العامل هنا في العبد ملكاً له، أما إن ادعى رب المال أن العامل عمد لشرائه بمعرفة وأنكر العامل ، فالقول قول العامل.

وَلَو اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْه وَهُوَ عَالِمٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِم : إِنْ كَانَ فِي الْمَال فَضْلٌ وَهُوَ عَالِمٌ مُوسِرٌ عتقَ عَلَيْه بِالأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِه أَوْ ثَمَنِه ، وإِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ فَبِقِيمَتِه ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ : بِقِيمَتِه فِيهِمَا ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ بِمَا وَجَبَ لَهُ ، وَعَتَقَ الْبَاقِي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَضْلٌ لَمْ يَعْتِقْ شَيْئًا ، وَقِيلَ : يَعْتِقُ فِي الْيَسَارِ ...

أي : ولو اشترى من يعتق عليه ؛ كما لو اشترى العامل ولده ، فإما أن يكون عالماً أو لا ثم كل من الصورتين إما أن يكون العامل موسراً أو لا ، صارت أربعة ، ثم إما أن يكون في العبد فضل أم لا ، صارت ثمانية ، وقد تكلم عليها صاحب « المقدمات »[2]

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٠١) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢٠٢) .

والغرض الآن حل كلام المصنف ، فذكر أن العامل يعتق العبد عليه إن كان في المال فضل؛ لأنه حينئذ تتحقق له فيه الشركة فيعتق عليه ما ملكه منه ويكمل عليه .

وقول المصنف ثانياً : **(وَهُوَ عَالِمٌ)** تكرار ؛ إذ المسألة مفروضة مع العلم ، **(عَتَقَ عَلَيْه)** أي : على العامل بالأكثر فتعلق بعتق ، ويحتمل بمحذوف أي وأخذه رب المال بالأكثر ؛ لأنه إن كان الثمن أكثر ، فقد أتلفه على رب المال لغرضه في قريبه ، وإن كانت القيمة أكثر فلأنه مال أخذه لينميه لصاحبه فليس له أن يختص بربحه وحيث ما ذكرت هنا القيمة فإنما يعتبر يوم الحكم.

وقوله : **(وإِنْ كَانَ غَيْرَ عَالِمٍ)** أي : العامل ؛ يريد : وفيه ربح عتق عليه أيضاً ، كالعالم ولا يفترق الحكم هنا بالعلم ،وإنما يفترق فيما على العامل ، فههنا عليه الأكثر تقدم ، وهنا إنما عليه القيمة ، وظاهر كلام المصنف أنه يغرم جميع القيمة ، وليس كذلك، بل يعتق على العامل نصيبه من الفضل وعليه لربه ما ينوبه من قيمته من رأس المال وربحه كحكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه منه وهو موسر ، وقال المغيرة : بقيمته ، أي ما ينوبه من قيمته يوم الحكم فيهما ، أي في صورتي العلم وعدمه .

وقوله : **(فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً)** أي : العامل بيع من العبد بما وجب له أي لرب المال وسواء كان العامل عالماً أو غير عالم نص على ذلك في « المدونة »[(١)] وغيرها .

وقوله : **(بِمَا وَجَبَ لَهُ)** قاله صاحب «المقدمات» وغيره ، ما يريد يوم الحكم ، مثال ذلك أن يشتريه بمائتين ورأس المال من ذلك مائة ، وقيمته يوم الحكم مائة وخمسون ، فإنما يباع له بمائة وخمسة وعشرين ، ويعتق الباقي ويتبعه في ذمته بخمسة وعشرين .

وقوله : **(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَضْلٌ لَمْ يَعْتِقْ شَيئا)** هذا قسيم قوله أولاً : **(إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ فَضْلٌ لَمْ يَعْتِقْ شَيْئا)** لأنه لا يملك شيئاً .

ابن راشد : ولا خلاف في ذلك إذا كان العامل معسراً أو إن كان موسراً ، فقال المغيرة: ما قدمه المصنف لا يعتق عليه منه شيء ، وهو قياس قول غير ابن القاسم في الذي يشتري بمال القراض عبداً فيعتقه ولا فضل في ثمنه لأنه لا يعتق ، ولا فرق بين أن يشتري بمال القراض من يعتق عليه وهو عالم أو يشتري به عبداً فيعتقه ، والمشهور هو القول الثاني :

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٢٢) .

أنه يعتق عليه ، وإن كان قد علم وهو مليء عتقوا عليه ، زاد ابن يونس : كان فيه فضل أم لا ، وكذلك ذكر في « المقدمات »(1) : أن الحكم عتقه عليه في اليسار ، ويؤدي لرب المال الأكثر من قيمته يوم الحكم أو من الثمن الذي اشتراه به .

وَلَوْ وَطِئَ أَمَةَ الْقِرَاضِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ إِنْ شَاءَ رَبُّ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَتْ وَأُتْبِعَ بِالْبَاقِي .

فإن اشترى العامل بمال القراض جارية للقراض ، وهو معنى قوله : (**أَمَةَ الْقِرَاضِ**) وفي بعض النسخ : (**جَارِيَةً مِنَ الْقِرَاضِ**) فإن كان موسراً خُيِّر ربُّ المال فإن شاء ألزمه قيمتها يوم الوطء ، وإن شاء أبقاها على القراض ، وإن كان معسراً فكذلك؛ إلا أنه رضي بإلزامه قيمتها إذا بيعت عليه الجارية في تلك القيمة ، فإن لم يوف ثمنها بالقيمة اتبعه بما بقي من قيمتها، قاله مالك في «الموازية» : وعنه أيضاً فيها أنه إن كان عديماً ، بقيت بحالها ولا تباع، هكذا حكى جماعة.

ابن عبد السلام : وظاهر كلام المصنف ما ذكر من تخيير رب المال بين إِبْقَائِهَا وأخذ قيمتها ، وقال بعضهم : يخير في أخذ القيمة أو الثمن الذي اشترى به ، وإلزام العامل الثمن من هنا يفيد ؛ لأن الفداء لم يكن عليه إذا أسلم له رب المال أنه اشتراها للقراض أو قامت على ذلك بينة ، وظاهر كلام هذا القائل أنه لا يكون لربها ردها في القراض ، وهو بعيد أيضاً بعد تسليم أن فرض المسألة على الوجه الذي ذكرنا . انتهى .

وهذا إنما هو إذا لم تحمل ، فإن حملت فقد نبه عليه المصنف بقوله :

فَإِنْ أَحْبَلَهَا فَهِيَ أُمُّ وَلَد وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ الْحَمْلِ ، وَقِيلَ : الأَكْثَرُ مِنْهُمَا، وَقِيلَ : وَمِنَ الثَّمَنِ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ فِي ذِمَّتِه ، وَإِلا فَمِنَ الْمَالِ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ لِذَلِكَ كُلِّه ، وَإِلا بِيعَتْ كُلُّهَا وَأُتْبِعَ بِمَا بَقِيَ ، وَفِي إِتْبَاعِه بِنَصِيبِه مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ قَوْلان...

(**أَحْبَلَهَا**) أي وهو موسر لمقابلة ذلك بالمعسر ، (**فَهِيَ**) له (**أُمُّ وَلَد**) : لأنه وطء بشبهة.

(**وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْوَطْءِ**) هو لمالك في « الموازية » من رواية ابن القاسم والقول الثاني والثالث لم أرهما منصوصين ، والرابع لابن المواز ، ومعناه أن على العامل الأكثر من ثلاثة

(1) « المقدمات » (٢/ ٢٠٢) .

أشيـاء وهي : قيمـتها يوم الوطء أو يوم الحـمل أو الثمن ، ولابن حـبيب قول آخـر عليه الأكثر من ثمنها أو من قيمتها يوم الوطء .

قوله : **(فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً)** أي : أحبلها وهو معسر .

(فَلَهُ ذَلِكَ) أي : قيمتها يوم الوطء أو يوم الحمل أو الأكثر على الخلاف المتقدم .

(وَإِلا) أي : وإن لم يرد رب المال اتّباعه بذلك ولا كان في المال فضل بها بيعت كلها ، فإن كان ثمـنها مثل ما لزمـه فلا كلام ، وإن كان أقل اتبع بالبـاقي ، وظاهر كلام المصنف أنها تباع أيضاً كلها ، وإن كان ثمنها أكثر ، وليس كذلك ، بل في « الجواهر »[1] : وهو المنقـول عن سحنون وغـيره هنا : إنما يبـاع منها بقـدر رأس المال وحصـة ربه من الربح ، ويبقى الباقي بحساب أم ولده ، وهكذا نقل ابن يونس وغيره عن سحنون .

وحكى صاحب « الاسـتذكار »[2] عنه أنه قال : أرى أن تبـاع عليه إلا أن يكون فيـها فضل فيباع منها بالقيمة ، ويكون الباقي بحساب أم ولده .

ابن عبد السلام : والنقل الأول أصحّ ، وما ذكره المصنف من بيعها هو المشهور ، وروي عن مالك في « الموازية » أنه يتبع بالثمن ديناً في ذمته ولا تباع .

ســـــحنون : وليس بمعتـدل ، وروى أبو زيد أنه لا يقبل قوله في عـدمه أنه ابتاعـها للقراض، ويتهم على بيع أم ولده إلا أن يقيم شاهدين بذلك .

وقوله : **(وَفِي إِتْبَاعِهِ بِنَصِيبِهِ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ قَوْلانِ)** الضمير في **(إِتْبَاعِهِ)** يحتمل أن يعود على رب المال من إضـافـة المصدر إلى الفـاعل ، أو إلى العـامل من إضـافة المصـدر إلى المفعول، والضـمير في **(نَصِيبِهِ)** عائد على رب المال يعني: وفي إتبـاع رب المال للعامل بنصيبه من الولد إذا كان العامل معسراً (قولان) والقول بالاتباع لعيسى .

الباجي[3] : وهو أصل ابن القاسم ، ومقابله لابن حبيب .

البـاجي[4]: وهو جار على اختيار أشهب في من ضـمنه قيمة أمة بالوطء من شريك أو مقارض أنه لا شيء عليه من قيمة ولدها .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٣٩) .

(٢) « الاستذكار » (٧/ ٢٢) .

(٣) « المنتقى » (٧/ ١٠٠) .

(٤) « المنتقى » (٧/ ١٠٠) .

فَإِنْ أَحْبَلَ مَنِ اشْتَرَاهَا لِلْوَطْءِ لا لِلْقِرَاضِ وَهُوَ مُعْسِرٌ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُتْبَعُ بِالثَّمَنِ ، وَعَنْهُ : بِالأَكْثَرِ ، وَقِيلَ : بِالْقِيمَةِ ، وَقَالَ مَالِكٌ : تُبَاعُ كَأَمَةِ الْقِرَاضِ ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ : لَوْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ لَمْ تُبَعْ وِفَاقاً ...

قوله : **(مَنِ اشْتَرَاهَا لِلْوَطْءِ)** هو قسيم قوله : **(كَأَمَةِ الْقِرَاضِ)** .

واحترز بقوله : (معسراً) مما لو كان موسراً فإن له حكماً آخر ، وحكمه أن ابن القاسم قال مرة : يؤخذ منه الثمن ومرة : تؤخذ منه القيمة ، فيجبر بذلك القراض وإن كان معسراً وهو الذي ذكره المصنف .

وقال ابن القاسم في « العتبية »[١] : يتبع بالثمن .

(وَعَنْهُ : بِالأَكْثَرِ) أي من الثمن أو القيمة ، وهذا تأوله صاحب « المقدمات »[٢] عليه وليس منصوصاً عنه كما سيأتي .

وقوله : **(بِالْقِيمَةِ)** هو لمالك ، وقال مالك : تباع كأمة القراض .

قال في «المقدمات»[٣]: هكذا حصل بعض أهل النظر هذه المسألة ، والذي أراه أن الاختلاف في بيعها وهو عديم إنما هو إذا اشتراها ووطئ ولم يعلم هل اشترى للقراض أو لنفسه بما استلفه من القراض ، ولذلك قال : إنما تباع إذا لم يكن له مال ، وحمله ابن القاسم على أنه إنما اشتراها لنفسه بمال استلفه من القراض ولم يصدقه أنه اشتراها للقراض على ما في سماع أبى زيد ، ولذلك قال : إنها لا تباع .

إلا أنه قال في سماعه وفي «تفسير ابن مزين» : يتبع بقيمتها .

ومعناه عندي : إن كانت القيمة أكثر من الثمن فأراد أنه يتبع بالأكثر من القيمة أو الثمن، وأما إن علم أنه اشتراها للقراض ببينة تقوم على ذلك فتباع فيما لزمه من قيمتها اتفاقاً ، وكذلك إن علم أنه اشتراها لنفسه من القراض فلا تباع ، ويتبع بالثمن الذي اشتراها به في ذمته اتفاقاً .انتهى.

وقوله : **(قَالَ الْبَاجِيُّ)** ليس بجيد ، وإنما هو ابن رشد ، وقد ذكرنا سبب وهمه في الطلاق فانظره ، وتقدم في الرهن المواضع التي تباع فيها أم الولد ، والله أعلم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٣٤٧) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢٠١) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ٢٠١)

وَإِنْ أَعْتَقَ وَهُوَ مَلِيءٌ مَضَى وَغَرِمَ ثَمَنَهُ وَحِصَّةَ رِبْحِ رَبِّ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ بِقَدْرِهِ وَعَتَقَ الْبَاقِي ...

تصوره ظاهر .

وفي «المقدمات»[١] : إذا أعتق عبداً من عبيد القراض ، فإن كان موسراً واشتراه للعتق عتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله وربحه إن كان فيه ربح ، وإن اشتراه للقراض وأعتقه عتق عليه وغرم لرب المال قيمته يوم العتق إلا قدر حصته منه إن كان فيه فضل ، وعلى قول غير ابن القاسم في « المدونة » وهو مذهب المغيرة إن كان فيه فضل عتق عليه نصيبه وقوم عليه نصيب صاحب المال ، وإن لم يكن فيه فضل لم يعتق منه شيء وهذا إن كان اشتراه بجميع مال القراض ، وأما إن كان اشتراه ببعضه فعند ابن القاسم أنه يعتق عليه ويجبر القراض من ماله بقيمته يوم العتق إن كان اشتراه للقراض أو بالثمن الذي اشتراه به إن كان اشتراه للعتق خلافاً للمغيرة ولغير ابن القاسم المتقدم ، وإن كان معسراً فلا يعتق منه شيء إلا أن يكون فيه فضل فيباع منه لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويعتق على العامل ما بقي منه ، وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على ما إذا اشتراه للعتق لا أنه إذا اشتراه للقراض يغرم القيمة ، أما أن أعتق رب المال عبداً من عبيد القراض جاز وضمن للعامل ربحه إن كان فيه ربح ، زاد أبو زيد : وإن كان عديماً اتبع بذلك .

يحيى : ولا يعجبني ذلك ، يعني بل يباع منه بقدر ربح العامل ويعتق ما بقي .

ابن القاسم في «العتبية» [٢] و **«الموازية»**: إذا كاتب العامل عبداً من عبيد القراض، فيؤدي لرب المال رده حتى يعتق بإذنه ، وما قبض منه كالغلة ، فلو أدّى عنه أجنبي صح .

قال ابن ميسر : فينفذ عتقه إن لم تكن فيه محاباة .

ابن القاسم : وإن جاز رب المال عتق المكاتب فلا شيء للعامل من ولائه إلا أن يكون فيه فضل ، فيكون له قدر حصته منه ، والله أعلم .

---

(١) « المقدمات » (٢/١٩٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/٣٦٣) .

وَلَوْ قَارَضَ مُتَعَـدِّيا فَلا شَيْءَ لَهُ وَلِلثَّاني مَا شَرَطَ ، فَإِنْ كَانَ أَكْثَـرَ مِنْ جُزْئِه غَرِمَهُ ، وفي تَعْيِينِ مُتَّبعه مِنَ الْمُقَارِضِ الثَّاني أَوْ رَبِّ الْمَالِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ...

أي : (وَلَوْ قَـارَضَ) العامل عاملاً آخر (مُتَـعَدِّياً) أي : بغير إذن رب المال ؛ فلا شيء عليه ؛ أي : للعامل الأول ؛ لأن القراض كالجعل لا يصح إلا بالعمل ، ثم لمقارضته ثلاثة أحوال : وذلك لأنهـا إما بمثل الجـزء الذي هو أخذه عليه ، وإمَّـا بأقلّ ، وإما بأكـثر ولا إشكال في المسـاوي ، ولذلك سكت المصنف عنه ، وإن كـان أقل ؛ كـما لو أخـذه على النصف ودفـعـه على الثلث ، فـذكر المصـنف أنه لا شيء له ويكون الثلثـان لرب المال ، وكذلك نص عليه اللخمي وابن رشد وغيرهما .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يختلف فيه ويكون له الزائد لضمانه وإن كان أكثر ، كما لو أخذه على النصف ودفعه بالثلثين غرمه ، أي الزائد على جزئه ، وهو السدس في المثال المفروض ، واختلـف بعد غرم هذا السدس في من يتـبعه به ، فقال مـالك وابن القاسـم : يتبعـه العامل الثاني ويكون رب المال أحق بجمـيع نصف الربح الموجود ؛ لأن المال له ولم يدخل إلا على ذلك .

وقـال أشهب : بل العـامل الثـاني أحق بما دخل عليه وهو ثـلثا الربح ويتـبع رب المال العامل الأول بالسدس .

ومنشأ الخلاف أن الربح مضاف إلى المال وإلى عمل العامل فأيهما يغلب فالمشهور غلب المال ، وأشـهب غلب العامل ؛ فـإن قلت : لم جـعلتم العـامل في القراض لا يقـارض وجعلتم ذلك للعامل في المساقاة ؟

قـيل : لأن العامل في القـراض مـبني على الأمانـة ، وقد لا يرضى رب المال الثـاني بخلاف المساقاة فإنها عمل فيما لا يغاب عليه .

وَكَذَلِكَ لَوْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُتَقَدِّماً أَوْ كَانَ بَعْدُ

الإشارة بذلك عائدة إلى غرم العامل وتعيين متبعه .

وقـوله : (خُسْرَاناً مُـتَقَدِّماً) أي على العامل وإطلاق الخسران علـى ما تلف قبل العمل مجاز .

وقوله : (أَوْ كَانَ بَعْدُ) هو مضموم ؛ لأنه ظرف قطع عن الإضافة ، تقديره : أو كان الخسران بعد العمل ، وفي بعض النسخ : عوض (بَعْـدُ) (بِتَـعَدٍّ) من التعدي ، والمعنيان صحيحان ، وقد ذكر في «المدونة» خلافاً لأشـهب فيها ، ولنذكر كلامه في «المدونة» ليتبين لك ذلك ، ويظهر لك مثال المسألة ، فقال فيها(١) : وكان رأس المال ثمانين فخسر الأول أربعين ثم دفع الأربعين للثـاني على النصف فـصارت مـائة ، ولم يكن الثـاني علم بذلك فرب المال أحق بأخـذ الثمانين : رأس ماله ونصـف ما بقي - وهو عشرة - ويأخـذ الثاني عشرة ويرجع على الأول بعشرين ديناراً وهي تمام نصف ربحه على الأربعين .

قال أشـهب : لا يحسب رب المال على الثانـي إلا أربعين رأس المال فيأخـذها ثم يأخذ نصف الربح وهو ثلاثون ، فـإن كان الأول أتلف الأربعين الأولى تعـدياً ، رجع عليه رب المال بتمام مـائة وعشرين إلى ما أخـذه ، وإن هلكت بأمر من الله تعالى رجع عليـه بتمام تسعين ، وذلك عشرون ديناراً ، عشرة بقية رأس ماله ، وعشرة حصته من الربح .

وَلَوْ جَنَى الْعَـامِلُ أَوْ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْمَالِ جِنَايَـةً أَوْ أَخَذَ شَيْـئاً كَانَ عَلَيْـهِمَـا كَأَجْنَبِيٍّ وَالْبَاقِي عَلَى الْقِرَاضِ حَتَّى يَتَفَاصَلا ...

يعني : (وَلَوْ جَنَى الْعَامِلُ أَوْ رَبُّ الْمَالِ) أي : أتلف أحدهما شيئاً من مال القراض أو عابه .

وقوله : (جِنَايَةً) زيادة إيضاح ، ولو أسقطها لصحَّ الكلام .

وقوله : (كَأَجْنَبِيٍّ) أي : كجناية أجنبي يتبعان به في ذمتهما كما يتبع الأجنبي .

وقـوله : (وَالْبَاقِي عَـلَى الْقِرَاضِ) يريد أن الباقي يكون رأس المال فـقط ؛ لأنه إن كان التلف من رب المال فكأنه رضي بأن الباقي هو رأس المال ، وإن كان من غيره فتلك جناية .

قال في «المدونة» (٢): وليس ما استهلكه العامل من المال مثل ما ذهب أو خسر ؛ لأن ما استهلكه قد ضمنه ، ولا حصة لذلك من الربح ، وإن تسلف العامل نصف المال وأكله، فالنصف الباقي رأس المال ، وربحه على ما شرطا ، وعلى العامل غرم النصف فقط ، ولا ربح لذلك النصف ، وكهذه المسألة ما في المدونة أيضـاً إذا كان القراض بمائة ، فاشترى به

(١) « المدونة » (١٢/ ١٠٥) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ١٠٥) .

عبداً يساوي مائتين ، فجنى عليه رب المال جناية نقصه مائة وخمسين ، ثم باعه العامل بخمسين فعمل فيها العامل فربح مالاً ، لم يكن لرب المال قبض رأس ماله وربحه حتى يحاسبه ويفاصله ويحسبه عليه ، فإذا لم يفعل فذلك دين على رب المال مضافاً إلى هذا المال .

فرع :

واختلف إذا عرض هنا فلس العامل ، فقال بعض القرويين : إذا فلس وقد كان أخذ مائة فأكل منها خمسين قبل أن يتجر ثم تجر في الخمسين الباقية فصارت مائة ، يجب على مذهب ابن القاسم أن يكون أحق بالمائة من الغرماء وتبقى عنده خمسون يحاصص فيها الغرماء ؛ لأن الربح أولى أن يجبر به رأس المال من أن يكون للعامل كما لو ضاع من المال خمسون فاتَّجر في الخمسين الباقية فصارت مائة ، أن رب المال أولى بها ، ألا ترى أن ابن القاسم قال في الذي دفع إليه ثمانين فضاع منها أربعون فدفعها إلى غيره ، فتجر فيها فصارت مائة : إن رب المال يأخذ الثمانين ويكون أولى بها من العامل الثاني ثم يأخذ نصف الربح عشرة والعامل الثاني هنا آكد من الغرماء ؛ لأنه هو تمم المائة فلم يجعلها أحق بجزئه من الربح لما كان رب المال جبر ما كان في ماله من الخسارة .

وقال غيره : بل يأخذ من المائة التي بيده خمسين رأس المال وخمسة وعشرين حصته من الربح ويحاصص في الخمسة والعشرين بقية الربح بالخمسين التي عليه ، وذلك بخلاف ضياع الخمسين ؛ لأن رب المال لا رجوع له على الذي ضاعت له الخمسون وله على الذي أكلها الرجوع بها فافترقا ، وكذلك العامل في الأربعين له الرجوع على العامل الأول ، فلذلك كان رب المال أولى بجبر رأس ماله منه .

ابن يونس : والأول أصوب ، ومنشأ الخلاف ما تقدمت الإشارة إليه من إضافة الربح للمال أو للعمل وإليهما يغلب .

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا فَسْخُهُ قَبْلَ الْعَمَلِ

يعني : أن عقد القراض منحل ، (**وَلِكُلٍّ**) من العامل ورب المال (**فَسْخُهُ**) أي : رده والرجوع عنه ، وإذا كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز والعلاقة هي مشابهة هذا للعقد اللازم ، وهذا هو المعروف ، وحكى المازري في التعليقة قولين :

أحدهما : أنه لازم بالعقد لهما .

والثاني : أنه لازم لرب المال فقط .

فإن قلت : ما الفرق بينه على المعروف وبين المساقاة ، فإنكم جعلتموها لازمة بالعقد ؟

قـــيل : لأنَّ القراض لما لم يكن مؤقتـاً شابه الجعل ، والمساقاة لما كانت مـؤقتة شابهت الإجارة ؛ ولأن القراض شبيه بإجارة كل شهر أو كل سنة ، والمساقاة لما كانت مؤقتة كانت كالإجارة المؤقتة لشدة الحاجة في المساقاة .

وَيلْزَمُ بَعْدَهُ حَتَّى يَنِضَّ وَبَعْدَ الظَّعْنِ

أي : ويلزم عقد القراض كُلاً منهما بعد العمل (**حَتَّى يَنِضَّ**) أي : يرجع المال عيناً ، وكذلك بعد الظعن في السفر وإن لم يشرع في العمل .

وقوله : (**حَتَّى يَنِضَّ**) أي : جميع المال ، ولو نض بعضه لم يكن له أن يفاصله .

ومِثْلُ الزَّادِ وَالسُّفْرَةِ لا يُمْنَعُ

أي : إذا اشتـرى العامل زاداً أو سـفرة لا يمنع ذلك من الانحلال لربِّ المـال وللعامل ، والذي في «الموازية»: أن ذلك لرب المال فقط ، ولا يصح القيـاس ؛ لأنا لو جعلنا للعامل الانحلال لضـرَّ ذلك برب المال بسبب ما صـرف من ماله في السـفرة والزاد ، اللهم إلا أن يحسب العـامل ذلك على نفسه ويرد الـثمن الذي اشترى ذلـك به ، لكن كلام المصنف لا يؤخذ منه هذا ، والله أعلم .

وَإِذَا اسْتَنَضَّ بَعْدَ الْعَمَلِ نَظَرَ الْحَاكِمُ فَأَخَّرَهُ إِنْ كَانَ نَظَراً وَإِلا فَلا

فاعل (**اسْتَنَضَّ**) عائد على رب المال ، أي وإذا طلب رب المال نضوض ماله بعد اشتراء العامل بالمال سلعـاً ، فإن وافقه العامل فـلا كلام ، وإن خالفه وطلب التأخـير نظر الحاكم فأخره إن كان نظراً ، أي يرتجى له سوقاً ونفاقاً ، وإن لم يكن نظراً فليأمره بالبيع .

وَلَوْ مَاتَ الْعَامِلُ فَلِلْوَرَثَةِ الإتْمَـامُ بِخلافِ الْمُسْتَأجَرِ الْمُـعَيَّنِ ، فَإِنْ لَمْ يُؤْمَنُوا أَتَوا بِأَمِينٍ وَإِلا سَلَّمُوا وَلا رِبْحَ لَهُمْ ، وَوَلِيُّ الْوَارِثِ كَذَلِكَ

يـعـنـي : وللورثة الإتمام بشـرطين : الأول أن يكونوا أمناء أو يأتوا بأمين ، وإليـه أشار بقوله: (**فَإِنْ لَمْ يُؤْمَنُوا أَتَوْا بِأَمِينٍ**) والثاني : أن يقروا على العمل ويأتوا بمن هو كذلك .

قال في «النوادر»[1] : وقال أحمد : ويكون بصيراً بالبيع والشراء ، انتهى .

يريد : في حذف الميت وينبغي أن يكون وفاقاً بخلاف المستأجر المعين فإنه إذا استأجر شخصاً معيناً ثم مات فإن الإجارة تنفسخ ، فإن قيل : الفرق بينهما غير واضح بدليل منعهم العامل أن يعطي المال لغيره ، قيل : لأنه لما كان القراض كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بالإتمام ارتكب فيه أخف الضررين ، وهو تمكينهم من العمل بخلاف الأجير فإنه إذا مات بعد الشروع في العمل يجب للورثة بحساب ذلك من الأجرة .

قوله : **(وَإِلا سَلَّمُوا وَلا رِبْحَ لَهُمْ)** أي : فإن لم يكونوا أمناء ولا أتوا بأمين سلموا المال ولا ربح لهم ، وهذا هو المنصوص في «المدونة» وغيرها ؛ كما في الجعل إذا عجز فيه المجعول له ، وقيل : يجب إذا أتم رب المال بقية العمل وانتفع بعمله أن يكون لورثة العامل بقدر ذلك كما قالوا في الجعل لمن يحفر البئر فيها لا يملك إذا ذهب الحافر بعدما حفر نصفها ، ثم أتى رب البئر بحافر آخر فحفر بقيتها ، يقال : ما يجب للثاني يوم حفرها على جملتها ؟ فإن قالوا : عشرة ، فإن كان الأول حفر نصفها كان له خمسة .

قال في «المستخرجة» : وسواء كان جعل الأول فيها خمسة أو عشرة أو عشرين فإنما له قدر ما انتفع به رب البئر فيما حط عنه من أجرة الثاني .

ابن يونس : وفيه بعد ، إذا كانت أجرة الأول خمسة ، وأجرة الثاني عشرين يأخذ الأول عشرة أكثر من أجره أولاً في جميعها .

ولو قيل : إنما يكون له حصة حفر فيها من جعله الأول لكان صواباً ، والله أعلم ، وكذلك في موت العامل .

وقوله : **(وَوَلِيُّ الْوَارِثِ كَذَلِكَ)** أي : ولي الوارث المولى عليه كالوارث غير المولى عليه ينظر الولي لمحجوره في المصلحة في ترك تمام العمل أو يستأجر له من يتمه .

وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ - وَهُوَ عَيْنٌ - فَالأَوْلَى أَنْ لا يُحَرِّكَهُ ، فَإِنْ حَرَّكَهُ فَعَلَى قِرَاضِهِ .

احترز بالعين مما لو شغله فإنه يتمادى في العمل ، وقيد ابن يونس المسألة بما إذا كان الموت والعامل ببلد رب المال ، وأما إن كان بغيره أو ظعن منه فله العمل كما لو شغله .

---

(١) « النوادر والزيادات » (٧/ ٢٨٩) .

وقوله : (**فَالأَوْلَى**) نحوه في «الجواهر»، وإنما في «المدونة»(١) فلا يعمل بصيغة النهي ، وظاهره المنع ، وعلى ذلك حملها اللخمي وغيره .

فإن فعل بعد علمه ضمن تجر لنفسه أو للقراض ، والربح له إن تجر لنفسه وإلا فلهم ، ويختلف إذا تجر بعد الموت وقبل العلم فخسر هل يضمن لخطئه على مال الوارث أو لا ؟ لأن له شبهة ، وقال ابن القاسم في «المدونة»(٢) : إذا اشترى بعد الموت وقبل العلم فهو على القراض ، يريد في الربح والخسران إلا أن يعلم من العامل قلة الأمانة فلا يصدق فيهما ، انتهى باختصار .

وعن **ابن يونس** : لمالك ما عزاه اللخمي لابن القاسم ؛ لأنه إن لم يعلم بموته حتى ابتاع سلعاً يمضي ذلك على القراض .

فإن قيل : فهل يمكن حمل كلام المصنف على ما إذا لم يعلم العامل بموت رب المال ؟ قيل : قوله : الأولى ينافي ذلك إلا مع العلم .

وَمَنْ هَلَكَ وَقِبَلَهُ قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ - وَلَمْ تُوجَدْ - فَفِي مَالِهِ ، وَيُحَاصُّ غُرَمَاؤُهُ ، وَتَتَعَيَّنُ بِوَصِيَّتِهِ ، وَتُقَدَّمُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ ...

(**وَقِبَلَهُ**) أي عنده ، والضمير في قوله: (**لَمْ تُوجَدْ**) عائد على الوديعة ، ومتى كان العطف أو جاز عود الضمير على الثاني، هكذا وعلى الأول كقوله تعالى : ﴿ **تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا** ﴾[الجمعة: ١١]، وعليهما كقوله تعالى: ﴿ **إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا** ﴾ [النساء: ١٣٥] .

(**فَفِي مَالِهِ ، وَيُحَاصُّ**) بذلك (**غُرَمَاؤُهُ**) قالوا : لأنه يحتمل أن يكون أنفقها ، ويحتمل أن يضيعها بتفريط أو بغيره ، وفي الأولين يضمن ، فلما كان وجه الضمان أكثر ألزمه ، وقد قدم المصنف هذه المسألة في الوديعة وقيدها هناك بما لم يتقادم كعشر سنين .

ابن عبد السلام: وقد اختلف المذهب في عمارة ذمة المودع بذلك، ويتخرج مثله في القراض، بل عدم الضمان أولى عند بعض الشيوخ؛ لأنه مأذون له في التصرف فيحمل الخسارة، والذي يقوله هنا وهو الذي يميل إليه غير واحد من الشيوخ: إنما لا ينبغي أن تعمر ذمة العامل ولا المودع بالشك إلا أن تقوم قرائن على ضد ذلك فيعمل عليها، انتهى بمعناه.

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٣٠) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ١٣٠) .

قوله : (وَتَتَعَيَّنُ) يعني أن الحكم المتقدم إنما هو إذا لم يتعين ذلك ، وأما إن أقر بقراض بعينه أو وديعة بعينها في مرضه فمن أقر له أحق بما عين من جميع الغرماء ، كانت ديونهم ببينة أو بإقرار في الصحة أو في المرض ، وهكذا في «الجواهر»[1] .

وقال ابن حبيب : هذا في الموت ، وأما في الفلس فإن عينها فصاحبها أولى بها ، وإن لم يعينها فلا يحاصص ربها بذلك الغرماء كما لا يصدق رب الدين ، وكذلك فسره أصبغ وفيها اختلاف وهذا أحسن ، وكذلك في «العتبية» و«الموازية» .

وَالْعَامِلُ أَمِينٌ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي ضَيَاعِهِ وَخَسَارَتِهِ ، وَاسْتِحْلافُهُ عَلَى الْخِلافِ فِي أَيْمَانِ التُّهَمِ...

هذا شروع منه في التنازع ، وقدم كون العامل أميناً لانبناء ما بعده عليه ، والإجماع على أمانته ، نقله **ابن راشد** وغيره ، وقد تقدم أنه إذا اشترط عليه الضمان فسد القراض .

قوله : (فِي ضَيَاعِهِ) أي : بسرقته ونحوه ، والضَّياع بفتح الضاد قاله الجوهري[2] .

وقوله : (وَخَسَارَتِهِ) قيده اللخمي بأن يأتي بما يشبه ، ويعرف ذلك بسؤال التجار في بلد السلع هل يخسر مثل هذا المال في هذه المدة كما ذكر ؟

وقوله : (وَاسْتِحْلافُهُ) مبتدأ خبره (عَلَى الْخِلافِ) تقديره جاز على الخلاف (فِي أَيْمَانِ التُّهَمِ) وهو ثلاثة أقوال : ثالثها : يحلف المتهم دون غيره ، وفهم من كلامه أنه لو لم يتهم، بل حق الدعوى عليه أنه يحلف باتفاق ، وكذلك قال غيره .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّهِ إِنْ كَانَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، وَقِيلَ : يُقْبَلُ مُطْلَقاً

حاصله أنه اتفق أن القول قوله في الرد إذا قبضه بغير بينة واختلف إذا قبضه بها على قولين : المشهور منهما أنه لا يقبل .

قوله : (وَقِيلَ : يُقْبَلُ) ، **ابن شاس**[3]: والمشهور مذهب «المدونة»، وظاهر كلامهما أن الشاذ منصوص ، وإنما خرجه اللخمي على ما في «المدونة»[4] في من اكترى ما لا يغاب

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٤٥) .

(٢) « الصحاح » (١/ ٤١٦) .

(٣) « الجواهر » (٣/ ٤٥) .

(٤) « المدونة » (١٢/ ١٣١) .

عليه ثم ادعى رده ، أن القــول قوله ، أخذه ببينة أو بغيـرها ، ومما في «المدونة» : إذا قال العامل: رددت إليك رأس المال والذي بيـدي ربح ، وقال رب المال : لم تدفع لي شيـئاً ، صدق رب المال ، ورأى اللخمي أن هذه المـسألة تعارض التي فوقهـا ، قال : ولا فرق بين أن يقول : رددت رأس المال أو جميعه أو نصيبك من الربح .

وقال القـابسي : معنى مـا في «المدونة» أنه قال : مـا في يدي هو الربح بيني وبينك ؛ لأنه أقر أن حق رب المال قـائم بيده بعد ، وأمـا لو قال : رددت إليك المال وحـصتك من الربح وما في يدي هو حصتي من الربح لكان القول قول العـامل إذا قبضه بغير بينة ، ولا أثر لهذه التفرقة عند اللخمي .

وأما إن أنكر العامل القراض فأقام ربه عليه بينة ، فقال : رددته أو ضاع .

قبل مالك قوله مرة فيهما ، وقال مرة : لا يقبل فيهما قوله .

وقبل ابن القاسم قوله في الضياع فقط ، فإن أقام بينة على ضياعه أو رده بعد إنكاره ، فالمشهور أنه لا تنفعه البينة خلافاً لمحمد .

هذا حكم ما إذا أنكر ما لا يتـعلق بالذمة من قراض أو وديعة ، وأمـا إن أنكر ما يتعلق بها وشبه ذلك من بيع أو ما يفضي إلـى حد ، ثم رجع إلى إنكاره لأمر ادَّعاه أو أقام عليه بينة فاختلف فيه على أربعة أقوال :

الأول : قال ابن نافع : تنفعه في كل شيء .

والثاني : مقابله قاله غير ابن القاسم في الحدود التي تدرأ بالشبهات فأحرى غيرها .

الثالث : لابن كنانة : لا ينتفع بذلك إلا في الربح والحدود .

الرابع : لابن المواز : لا ينتفع بذلك إلا في الحدود .

وَيَحْلِفُ اتِّفَاقاً

أي : إذا قلنا : إن القـول للعامل في الرد فيـحلف بالاتفاق ، ولا يجـري فيـه الخلاف المتقدم ؛ لأن رب المال هنا حقق عليه الدعوى ، ولهذا انتقلت هذه اليمين على رب المال إن نكل عنها العامل بخلاف الضياع ؛ لأنه اتهمه فقط .

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي جُزْءِ الرِّبْحِ إِنْ أَتَى بِمَا يُشْبِهُ وَالْمَالُ بِيَدِهِ ، أَوْ وَدِيعَةٌ وَلَوْ عِنْدَ رَبِّهِ

لا إشكال أنهما إن اختلفا في قدر جزء الربح قبل الشغل أن العامل مخير بين أن يعمل بما قاله رب المال أو يرد لانحلال عقد القراض قبل العمل ، وأمَّا إن اختلفا بعده فهو ما ذكره المصنف ، ومعناه أن القول قول العامل في جزء الربح إذا ادعى ما يشبه مع يمينه ، فإن نكل فالقول لرب المال مع يمينه ، فإن نكل فالعمل على الأشبه .

الباجي[1] : وسواء ادعى رب المال ما يشبه أو لا ، أما إن ادعى رب المال ما يشبه فقط فالقول قوله مع يمينه كالأول ، وإن ادعيا معاً مالاً يشبه تحالفا ولزم قراض المثل إن حلفا أو نكلا ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، فالقول قول الحالف .

وقوله : (**وَالْمَالُ بِيَدِهِ**) جملة حالية ، وحاصله أن القول قول العامل بشرط أن يدعي الأشبه وأن يكون المال بيده أو بيد نائبه ؛ كما لو ادعاه ولا يضر في ذلك أن يودعه عند ربه، وإليه أشار بقوله : (**وَلَوْ عِنْدَ رَبِّهِ**) ، و (**لَوْ**) هنا بمعنى (إن) .

أما لو سلم لربه به ليأخذ منه رأس ماله وحصته من الربح فالقول قول رب المال لخروج المال عن حيازة العامل ، واعلم لو بقي جميع الربح بيد العامل ودفع رأس المال لربه لكان القول أيضاً قوله ، نص عليه في «البيان»، وهو خلاف مفهوم كلام المصنف .

وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ : قِرَاضٌ ، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ - فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ ...

وهكذا وقع في بعض النسخ ، وهي الصحيحة إن شاء الله تعالى ، ومعنى هذا إذا اختلفا في الوجه الذي قبض المال عليه ، فقال العامل : قبضته على القراض بالنصف مثلاً، وقال ربه : بل أبضعته معك بأجرة ؛ فالقول قول العامل مع يمينه ويأخذ النصف إذا كان مما يشبه القراض عليه ، فإن نكل حلف الآخر ودفع الأجرة .

وإنما كان القول قول العامل ؛ لأن الاختلاف هنا راجع إلى الاختلاف في جزء الربح ، وهذا مقيد بما إذا كانت الأجرة أقل من نصف الربح ، وأما إن كانت مثله أو أكثر فلا يمين، وقد اتفقا في المعنى كما ذكرنا ، ولا يضر اختلافهما في اللفظ ، واستغنى المصنف عن هذا

---

(١) « المنتقى » (١٠٨/٧) .

القيـد لوضوحه ؛ ولأنه راجع في المعنى كـما ذكرنا إلى الاختـلاف في الجزء فاسـتغنى بما قدمه فيه .

واحترز بقوله : (بِأَجْرٍ) مما لو ادعى رب المال البضاعة بغير أجر ، ففي «المدونة»[١] : القول قـول صاحب المال ، ففيـها : وإن قال العـامل : قراض ، وقال ربه : بل أبضعـته لتعمل به ؛ فالقول قول رب المال مع يمينه ، وعليه للعامل أجرة مثله .

سحنون : إلا أن يكون ما ادعى العامل من الربح أقل من أجر مثله فليأخذ الأقل ، وإن نكل رب المال صدق العامل مع يمينه إذا كان يستعمل مثله في القراض ، انتهى .

وحمل بعضهم «المدونة» على أن مراد رب المال بقـوله : بضاعة ؛ أي بغير أجر ، وفي هذه إشكال ؛ لأنه إن كان القول قول العامل مع دعوى رب المال البضاعة بجبر فلأن يكون القـول قول العـامل مع دعـوى رب المال البضـاعة بغـيـر أجر أولى ، وهكذا قـال بعض القرويين: إن القول قول العـامل هنا ، ولهذا قال ابن رشد[٢] : معنى مـسألة «المدونة» أن يحلف العامل ؛ لأن وجه ما فيها أن كل واحد منهما يدَّعي على صاحبه ، رب المال يدعي على العامل أنه عمل له باطلاً والعامل يدعي أنه عمل له بنصف الربح ، فإن حلفا أو نكلا كان له أجر مثله إلا أن يكون ذلك أكثر من نصف الربح ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما .

وحمل اللخمي «المدونة» على ظاهرها أن القول قـول العامل ؛ وقيد ما في «المدونة» بما إذا كان مثل المبضع معـه لا يستعمل نفسه في القراض ، وكان مـثل تلك البضاعة لا تدفع قراضاً ليسارتها ، ثم حكى عن محمد أنه خـالف «المدونة» ، وقال : إنهما يحلفان جميعاً ويعطي العامل أجرة مثله .

وقـوله : (أَوْ بِالْعَـكْسِ) أي : إن ادعى العامل بضاعة بـأجر ، وادعى ربه قراضاً على أجر ، فـالقول أيضـاً قول العـامل مع يمينه ، نقله اللخـمي ، قال : لأن العامـل يقول : عملته على الإجـارة في الذمة ، والآخر على الجعالة ، وهمـا مما يدل على سقوطه أو في المسألة .

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٢٧) .

(٢) « المقدمات » (١٢/ ٢٠٣) .

وَإِنْ قَالَ رَبُّ الْمَالِ : وَدِيعَةٌ ؛ ضَمِنَهُ الْعَامِلُ بَعْدَ الْعَمَلِ لا قَبْلَهُ

يعني : فإن قال رب المال : وديعة عندك ، وقال العامل : بل هو قراض ، وحذف المصنف قول العامل لدلالة الكلام عليه ، فإن هلك قبل العمل فلا ضمان لاتفاقهما أنه كان أمانة ؛ لأن القراض والوديعة يشتركان في ذلك ، وإن هلك بعده فالقول قول دافعه ؛ لأن قابضه مدعًى عليه أنه أذن له في تحريكه والأصل عدم ذلك .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يخرج خلافاً في ذلك ، فقد اختلف إذا كان المال غائباً وتنازعا على هذا الوجه ، فقال ابن قاسم ورواه عن مالك : القول للدافع .

وقال أشهب ورواه عن ابن عبد الحكم عن ربيعة ومالك : القول قول المدفوع إليه المال؛ إذ لا يؤخذ أحد بغير ما أقرَّ به .

وأشار بعضهم إلى وجود نص خلاف في ضمانه إذا عدم قبل التحريك ، وهو بعيد .

فرع :

وما ذكره المصنف ظاهر إذا لم يشغل المال .

ابن القاسم : وإن كان المال في سلعة فبيعت السلعة بفضل ، فقيل للعامل : اتق الله إن كنت علمت أنه قراض ، فادفع إليه ربحه ، ولا أحكم بذلك ، ولو دفع ذلك لم يقض على رب المال بأخذه ، وإن كان في السلعة نقصان ، يقال لرب المال : اتق الله ولا تضمنه إن علمت أنه قراض ، فإن أبى فالحق حقه ، وإن رجع العامل إلى قول رب المال بعد البيع لم يقبل منه أنه لا يرد أي لأنه يريد نقض البيع .

فَإِنْ قَالَ الْعَامِلُ : قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ ، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : قَرْضٌ - فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ خِلافاً لأَشْهَبَ ...

تظهر فائدة هذا الخلاف إن ادَّعى العامل ضياع المال كله أو بعضه ، فالمشهور وهو قول ابن القاسم وروايته أن القول قول رب المال مع يمينه ، أي سواء أتلف قبل العمل أو بعده ؛ لأن العامل مقر بوضع يده الذي هو سبب الضمان مدع لدفع ذلك السبب ، ورأى أشهب أن وضع اليد تارة يكون مع الضمان وتارة يكون مع عدمه فهو أعم من الضمان ، فلا يستلزمه ولا يؤخذ المقر بأكثر مما أقر به ، وظاهر كلامه أن أشهب خالف سواء تلف قبل التحريك أو بعده والذي ذكره جماعة أن أشهب إنما خالف قبل التحريك ووافق إذا ضاع

بعده ؛ لأن القابض يدعي في مـال حركه أنه لا ضمان عليه ، ومقـتضى ما حكاه صاحب «المقدمات»[١] أن أشهب خالف مطلقاً ، وذكر في المسألة ثلاثة أقوال : يفرق في الثالث ، فإن كان قبل العمل فلا ضمان ، وإن كان بعده فالضمان .

وَلَوْ قَالَ : بَلْ غَصَبْتَهُ لَمْ يُصَدَّقْ ، وَقِيلَ : إِلا أَنْ يُشْبِهَ

أي : لو قال العامل قراض ، وقال رب المال : بل غصبته مني **(لَمْ يُصَـدَّقْ)** أي : رب المال ؛ لأنَّ الأصل عدم الغصب ، فكان القول قـول منكره وسواء كان يشبه أم لا ، ولأن الغصب يستلزم زيادة على الغرامـة ، وهي : الأدب والجرحة ، بل يعاقب مدعي ذلك إذا كان المدعى عليه من أهل الخير والصلاح .

وقوله : **(وَقِيلَ : إِلا أَنْ يُشْبِهَ)** ، **ابن عبد السلام** : وهو بعيد ، انتهى .

وذكـره ابن يونس عن بعـضـهم لكنه لم يذكـر على أنه خـلاف ، بل بعـد قـوله في «المـدونـة»[٢] : وإن قال رب المال : غصـبته مني أو سرقـته مني فهو مـدع ، قال بعض الفقـهاء: إنما هو إذا ادعـى ذلك على امرئ لا يليق به ، ولو عكس لكـان من دعوى رب المال ما يشبه .

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الصِّحَّةِ وَالْفَسَادِ فَكَالْبَيْعِ

فيكون القول قول مدعي الصحة ، قال في «الجواهر»[٣] : ويجري فيها بأن القول قول مدعي الفساد إن غلب .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٠٣) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ٢٠٥) .

(٣) « الجواهر » (٣/ ٤٦) .

كتاب المساقاة

الْمُسَاقَاةُ

عياض : هي مشتقة من سقي الثمرة ؛ إذ هو معظم عملها ، وهي إجارة على عمل في حائط وشبهه بجزء من غلته ، والمزارعة قريب منها ، ولعل المصنف ترك رسمها ؛ لأنه يؤخذ من رسم القراض ، وهي جائزة عندنا وعند الجمهور خلافاً للحنفية ، ودليلنا ما في الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، وهي رخصة مستثناة من المخابرة ، وهي كراء الأرض بما يخرج منها ، ومن بيع الثمرة والإجارة فيها قبل طيبها وقبل وجوبها ، ومن الإجارة بالمجهول ، ولصحتها وجوازها وجوه :

الأول : أن يكون في الأصول من النخل والأشجار مما له ثمر ، أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها ؛ كالورد والياسمين احترازاً من الزرع والمقاثي فإن فيها خلافاً سيأتي .

والثاني : أن يكون قبل طيبها وقبل جواز بيعها ؛ لأنها إذا جاز بيعها لا ضرورة حينئذ إلى المساقاة .

الثالث : أن تكون المدة معلومة ما لم تطل جداً .

الرابع : أن يكون بجزء مشاع مقدر .

الخامس : أن يكون العمل كله على العامل .

السادس : ألا يشترط على العامل أشياء خارجة عن الثمار أو متعلقة بالثمرة ولكن يبقى بعد الثمرة مما له قدر .

السابع : ألا يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً خالصاً له .

الثامن : أن تكون بلفظ المساقاة عند ابن القاسم ، ولا تنعقد بـ (عاملتك) ونحو ذلك خلافاً لسحنون وابن المواز ، ذكر هذه الثمانية عياض .

وزاد غيره **تاسعاً** : وهو أن يكون الشجر مما لا يخلف احترازاً من القصب والموز فإنه لا تجوز مساقاته .

الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ : النَّخْلُ ، وَالأَشْجَارُ ، وَالزَّرْعُ ، وَالْمَقَاثِي الظَّاهِرَةُ فِي الأَرْضِ

أي : المعقود عليه من حيث الجملة وإلا فسيقول : إن من شرط الزرع والمقاثي أن يعجز عنها أربابها .

وعطف الأشجار على النخل من باب عطف العام على الخاص ، ولعله أفرد النخل لكونه محل النص ، ويندرج في الأشجار الورد والياسمين والقطن ، وقد نص على هذه الثلاثة في «المدونة»[١]، وظاهرها جواز مساقاتها وإن لم يعجز عنها أربابها ، وعلى هذا الظاهر تأوله أبو عمران وابن القطان .

عياض : وهو ظاهر قول اللخمي .

واحتج هؤلاء بقوله في «المدونة»[٢] : ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن ، وأطلق وعطف على قوله في «المدونة» تجوز المساقاة في كل ذي أصل من الشجر ، وهو قول محمد بن المواز في الورد والياسمين ، وتأول بعضهم «المدونة» على أنه لا فرق بين القطن والزرع والمقاثي .

وأشار ابن يونس إلى أن الخلاف هنا راجع إلى خلاف في حال ؛ لأنه لما نقل عن ابن الماجشون جواز مساقاة هذه الثلاثة وإن لم يعجز عنها ربها ، قال : يريد لأن القطن عندهم شجر يجنى سنين فهو كالأصول الثابتة ، وأما بلدنا فلا تجوز مساقاته إلا أن يعجز عنه أربابه كالزرع ؛ لأن أصله غير ثابت .

وفي «المقدمات»[٣] : لا ينبغي أن يختلف في جواز مساقاة الورد والياسمين على مذهب مالك ؛ لأن لها أصولاً تجنى ، ولو قال قائل في المقاثي والقطن بالجواز وإن لم يعجز عنها أربابها دون الزرع ، فلا يجوز على مذهب مالك إلا بالعجز لما بعده إلا أنه لم يقله .

خليل : وقول من حمل «المدونة» على الجواز مطلقاً أظهر ؛ لأن فيها بعد هذه الثلاثة : وأما المقاثي والبصل وقصب السكر فكالزرع يساقي إن عجز عنه ربه ، فتفرقته بين هذه وبين تلك ، تدل على أن حكمها مختلف ، والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (١٢/ ٢٦) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ٢٦) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ١٨٢) .

وقوله : **(الظَّاهِرَةُ)** صفة للمقاثي على معنى الشرط ، ولو قال : الظاهرين ليعود على **(الـزَّرْع)** أيضاً لكان أولى ؛ لأنه كما يشترط الظهور في المقاثي كذلك يشترط في الزرع ، وقد يـقال : **(الظَّـاهِرَةُ)** صفة للمقاثي والزرع باعـتبار المذكورات أو يقال : حذف وصف الزرع لدلالة وصف المقاثي عليه ، وفيهما تعسف .

وأجاب ابن عبـد السلام بأن مراده تمييـز ما تجوز فيه المسـاقاة لا تمييز شـخصه ، فكأنه يقول: ما شأنه الظهـور كالمقاثي تجوز مساقاته بخلاف ما شـأنه أن لا يظهر كاللفت والجزر على مذهب «المدونة» فيما يخرج منه ، ونص عليه محمد ، ورد بأن ما شأنه أن يظهر أعم من أن يظهـر أم لا ، فلا يفـيد أن الظهور شـرط في المقاثي ، وكـلام المؤلف يقـتضي أن الظهور شرط في المقاثي .

وقوله : **(فِـي الأَرْضِ)** مستغنى عنه ، وقد يتلفظ له بأنه قيد بقوله : **(فـي الأرض)** ليتناول أصـولها ؛ لأنها التي في الأرض حـقيقة ، إذ لا يشـترط ظهور القثـاء المأكول بل ظهور ذلك يمنع من المساقاة .

وَهِيَ لازِمَةٌ مُؤَقَّتَةٌ وتُسْتَحَقُّ الثِّمَارُ فِيهَا بِالظُّهُورِ اتِّفَاقاً بِخِلافِ الْقِرَاضِ

يعني : **(لازِمَةٌ)** بالعقد وهذا مذهب «المدونة»، وقد تقدم في القراض الفرق بينها وبينه.

ابن رشـد(١) : وقيل : إنها لا تنعقد ولا تلزم إلا بالعـمل ، وقيل : إنها تنعقد وتلزم بالشروع في العمل كل واحد .

قوله : **(مُؤَقَّتَةٌ)** أي : محدودة بالجذاذ لا بالأهلة ، كما سيأتي ، ولهذا يكون من شرط صحـتها التأجـيل ، إلا أن بعض الشيوخ حكـى فيها قـولاً آخر : إنها إذا وقـعت مطلقة حملت على سنة واحدة ، ولا تكون فاسدة تستحق الثمار فيـها بظهور الثمرة فيها اتفاقاً ، كما قال المصنف فالاتفاق عائد على المسألة الأخيرة .

خـليـل : ولا يعود على الجـميع لوجود الخلاف في الأولى ، واخـتلف في القراض ، فالمشهور أن العامل لا يملك الربح بمجرد ظهوره ، والفرق بينها وبين القراض أن الربح تجبر به الخسارة في القراض ، ولو ملكه لما جبـرت الخسارة به ، وقيل : يملكه في القراض ملكاً غير مستقر لكون الخسران يجبر به ، فإذا وقعت القسمة استقر ملكه عليه .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ١٨١) .

وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لا يُخْلَفُ ، فَلا يَجُوزُ فِي الْمَوْزِ وَالْقَصَبِ وَالْبَقْلِ

أي : وشرط المعقود عليه ولم يجز مساقاة ما لا يخلف لبعد شبهه عن محلِّ النص وهو النخل ، ولأن بعض هذا النوع إذا استقي بدا صلاحه فيعود هذا الشرط إلى الذي بعده ، فقال في «المدونة»(١) : ولا تجوز مساقاة القصب ؛ لأنه يساقى بعد جواز بيعه ، وكذلك القرط والبقل والموز ، وإن عجز عن ذلك ربه ، لأن ذلك كله بطن بعد بطن ، وجزة بعد جزة ، وقوله في «المدونة»(٢): لأنه يساقى بعد جواز بيعه ، يعني : لأنه إنما يساقى بعد استقلاله ، وهو بعد استقلاله يجوز بيعه .

ونقل ابن القاسم في «مجالس أبي زيد» إجازة مساقاة ما يخلف ، وليس بشيء ، وعلى المشهور هو مقيد بما إذا كان مقصوداً ، إلا أن سحنون أجاز في «العتبية» مساقاة الحائط وفيه شيء من الموز : الثلث فأقل .

قال في «البيان»(٣) : وهو تفسير لمذهب مالك ، سحنون : وإذا كان يسيراً فيكون بينهما ولا يجوز أن يشترطه أحدهما ، أما مساقاة البقول فما كان منها ظاهراً ؛ كالقصب والكزبرة والكرنب فلا تجوز مساقاته عند مالك وابن القاسم ، وقال عبد الرحمن بن دينار: يجوز ذلك إذا نبت وعجز ربه عن عمله قبل أن يحل بيعه .

وأما الأصول المغيبة في الأرض كالجزر واللفت والبصل ، ففي «الموازية» منع مساقاتها ، وفيها أيضاً عن ابن القاسم الجواز إذا ظهرت من الأرض ، وعجز عنها ربها ، وكذلك أجاز في «المدونة» المساقاة على البصل وقصب السكر إذا عجز عنه ربه ، ونقل عن ابن القاسم منع مساقاة القصب وإن عجز عنه ربه .

ابن المواز : بناء على الأول ، ولا يجوز أن يشترط خلفة القصب في المساقاة ، كما لا تجوز مساقاته إذا لم يظهر من الأرض ، وجوز ابن نافع مساقاة الأصول المغيبة والمقاثي وإن لم يعجز عنها ربها .

ابن يونس : واختلف في الريحان ، فقيل : تجوز مساقاته ، وقيل : لا ، فوجه المنع ؛ لأنه كالبقل يجز ويخلف ، ووجه الجواز أنه إذا جزه لم ينتفع به ، واحتاج إلى السقي ،

---

(١) « المدونة » (١٢/ ٢٢) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ٢٢) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٤١) .

فيجوز أن تساقى منه الجزة الأولى دون الخلفة ، وقيل : القياس أن تجوز المساقاة عليه وعلى خلفته أما إن كانت النخلة تطعم في السنة مرتين فلا بأس بمساقاتها .

وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ فَإِنْ حَلَّ فَإِجَارَةٌ

هذا معطوف على قوله : (**أَنْ يَكُونَ مِمَّا لا يُخْلَفُ**) وكذلك قوله بعد ذلك : (**وَأَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ وَالْمَقَاثِي..**) والظاهر أن كلامه مشتمل على ثلاثة شروط في قوله : (**وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا لا يُخْلَفُ**) قائماً مقام شروط ؛ لأنه اسم جنس مضاف ، فيفيد العموم ، ويحتمل أن يريد بقوله : (**وَشَرْطُهُ**) شرطاً واحداً ، ويكون قوله : (**وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ**) و (**وَأَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ وَالْمَقَاثِي**) أجزاء الشرط ، ويكون الشرط مركبا من جزأين بالنسبة إلى الأشجار ، ومن ثلاثة بالنسبة إلى الزرع ونحوه ، وقولنا الأول هو الظاهر ؛ لأنه في «الجواهر»(١) .

كذلك قوله : (**فَإِنْ حَلَّ فَإِجَارَةٌ**) مرفوع على خبر ابتداء مضمر أي فهو إجارة ، قال في «الجواهر»: إذا حل بيع الثمار وغيرها والمقاثي لم تجز المساقاة عليها وإن عجز عنها ربها ، قال سحنون : تجوز مساقاة ما جاز بيعه وهي إجارة بنصفه .

ابن عبد السلام : وكأنَّ المصنف حمل كلامَ سحنون على الموافقة لابن القاسم في المعنى، وأن هذه الصورة إذا وقعت مضت على مذهبهما معاً بإجارة .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن هذا الحمل على خلاف ما فهمه أهل المذهب من حمل مذهبه على المخالفة ، وذلك أن الباجي(٢) وابن رشد(٣)وغيرهما نصُّوا على أن مالكاً منع ذلك ، وقال: يفسخ العقد ولا يكون إجارة فاسدة ، وأنَّ سحنون أجازها كما قاله مالك وابن القاسم ، وفي «المقدمات»(٤) عن ابن القاسم مثل قول مالك ، وعلى هذا فقول المصنف إجارة ليس كما ينبغي ؛ إذ لم يبين هل هي إجارة فاسدة كما قاله مالك وابن القاسم أو إجارة صحيحة كما قاله سحنون ؛ نعم ظاهره موافقة سحنون ؛ لأنه إنما يحمل في الإطلاق على الصحيح ، وعلى هذا فيكون المصنف لم يذكر المشهور .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٤٧) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٥) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ١٨٣) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ١٨٣) .

فإن قيل : لم لا يُقرأ قوله : (فَإِجَارَةٌ) بالنصب على المصدر الموضوع موضع فعل الأمر أي فليؤاجره إجارة ؟

قيل : فيه بعد ؛ لأنه حينئذ يكون صريحاً في مخالفة المشهور وموافقة قول سحنون ، ولأنه حينئذ لا يكون في كلامه ذكر حكمها إذا وقعت بلفظ المساقاة وهو المقصود ، فإن قيل : فما وجه قول مالك ؟ قيل : علله الباجي بأن المساقاة تتضمن أن على العامل النفقة على رقيق الحائط ، وجميع المؤن وإن لم يكن ذلك معلوماً ، ولا يجوز ذلك في الإجارة ، وعلله صاحب «البيان»[1] وابن مرزوق بأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له قيام في الجائحة ، وخير بين أن يتمادى أو يترك ، وفي الإجارة له القيام بالجائحة ، والله أعلم ، وعلله بعضهم بأن العامل في المساقاة لا يستحق شيئاً إلا بظهور الثمرة ، والأجير قد يستحق الأجرة بمجرد العقد وقد يستحقها بمقدار العمل ، فاشتمل العقد على متناف ، وأخذ صاحب «المقدمات» وعياض من هذه المسألة أن الإجارة لا تنعقد بلفظ المساقاة .

ابن عبد السلام : وفيه نظر ؛ لجواز أن يكون منع المساقاة في هذه المسألة لتنافي الأحكام، وأجاز في «الموازية» أن يدفع إليه نخلاً مساقاة بتمر من نخل آخر قد أزهى ، ولم يلتفت إلى لفظ المساقاة .

وَلِذَلِكَ لَوْ جَمَعَهُ مَعَ سَنَةٍ أُخْرَى لَمْ يَجُزْ

ولا أجد أن ما حل بيعه لا تجوز مساقاته لم يجز جمعه ؛ أي : ما حل بيعه مع سنة أخرى ؛ لأن الصفقة حينئذ جمعت حلالاً وحراماً ، وهذه الصورة لا تجوز على قول سحنون ، لاشتمال هذا العقد على المساقاة والإجارة ، وإنما يجيزه سحنون إذا انفرد ، قاله الباجي[2] .

وَيُغْتَفَرُ طِيبُ نَوْعٍ يَسِيرٍ مِنْهُ

هذا الفرع ذكره في «الموازية» ، أي إذا كان في الحائط أنواع من الثمر ، فطاب منه نوع يسير ، أنه تجوز مساقاته ، وإن كان كثيراً فلا تجوز المساقاة فيه ولا في غيره ، هكذا نقل الباجي[3] عن «الموازية» ، وحكى عنها اللخمي المنع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٦٧) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٦) .

(٣) « المنتقى » (٧/ ٦) .

ولعلَّ معناه أن يكونَ كل واحد من النوعين ما طاب وما لم يطب كثيراً ، أما لو كان الحائط كله نوعاً واحداً وطاب بعضه ، فإنه لا تجوز المساقاة فيه ؛ لأن بطيب البعض يجوز البيع ، قاله ابن يونس وغيره ، وهو يؤخذ من كلام المصنف ، لأن قوله : (نَوْعٍ) يخرج هذه الصورة .

واعلم أنه إنما يشترط في الثمرة ألا تبلغ إلى حد يجوز بيعها في الحائط الذي يعمل فيه، وأما لو ساقى حائطا لم تطب ثمرته بنصف أخرى مثلا، فقال مالك : إذا كان بعد أن طابت ثمرة الحائط الذي يعطي منه فلا بأس إذا كان السقي معروفاً وهو بمنزلة الأجرة .

اللخمي : وإذا طاب بعض الحائط ولم يكن باكوراً لم تجز مساقاته على قوله في «المدونة»(١): يجوز بيعه حينئذ ، وإن كان الذي طاب باكورا وكانت المساقاة على أن يسقي جميع الحائط ، ويأخذ الجزء مما طاب خاصة جاز ذلك ، وتكون أجرة بمنزلة من أعطى حائطين قد طابا أحدهما على أن يأخذ الجزء مما طاب ، وإن كانت المساقاة على أن يسقي ما لم يطب ومنه يأخذ جزأه أو مما طاب ولم يطب لم يجز ، وإن كانت المساقاة على أن يسقي ما طاب وحده، ومنه يأخذ جزأه قولا واحدا.

خليل : انظر هنا فإنه يقتضي جواز المساقاة على ما حلَّ بيعه ، ولعله يذهب إلى حمل قول سحنون على الموافقة ، والله أعلم .

اللخمي : وإنما لم يجز أن يسقي الحائط على أن يأخذ الجزء من الثمر ما طاب وما لم يطب ؛ لأنها صفقة جمعت مساقاة وبيعاً ، وهو أيضاً جعل وبيع ، ويدخله مساقاة ما لم يطب بجزء من غيره ؛ لأن خدمة ما طاب أقل وخدمة ما لم يطب أكثر ، وكل هذا إذا كان كل واحد منهما كثيراً ؛ لأنه مقصود في نفسه ، قال غير واحد : ومحمل قول مالك في جواز مساقاة ما قد طاب إذا لم يكن في الحائط رقيق ولا دواب أو كانوا فيه وشرط إطعامهم على رب الحائط ، وأما لو اشترط إطعامهم على العامل لم يجز ؛ لأنه طعام بطعام غير يد بيد ؛ أي : لأنه يأخذ في نصيبه طعاماً ، وقد كان أخرج للرقيق والدواب طعاماً ، وهذا الشرط أيضاً يأتي على قول سحنون الذي يجيز المساقاة فيما حل بيعه ، وقاله ابن عبد السلام .

---

(١) « المدونة » (١٢/٣٩) .

وَأَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ وَالْمَقَاثِي مِمَّا عَجَزَ عَنْهُ رَبُّهُ عَلَى الأَشْهَرِ

الأشهر مذهب «المدونة» ، ومقابله لابن نافع بإجازة المساقاة على ذلك وإن لم يعجز عنه ربه .

اللخمي : ولم يفرق في ذلك بين أن يبرأ أو لا ، وزاد اللخمي في الزرع قولين آخرين:

أحدهما : الكراهة ونسبه «للموازية» .

والثاني : لابن عبدوس قال : القياس عندي ألا تجوز مساقاة الزرع أي : لأن المساقاة إنما وردت في الزرع ؛ إذ كان زرع خيبر تبعاً لثمارها ، والتبع لا حكم له فوجب أن يقتصر بالرخصة على ما ورد ، ووجه قول مالك أن العلة في جواز المساقاة الضرورة ، ومع العجز تتحقق الضرورة .

الباجي[١] : ومعنى العجز عن الزرع : أن يعجز عن عمله الذي يتم به أو ينمو أو يبقى وإن كان له ماء فقد يكون عاجزاً .

تنبيه :

لمساقاة الزرع ونحوه شروط :

أولها : ما ذكره المصنف .

الثاني : أن تكون فيه مؤنة ، ولو تركت لمات .

الثالث : أن يستقل من الأرض ويبرز .

الرابع : أن لا يبدو صلاحه .

فرع :

قال مالك في «المدونة»[٢] وغيرها : وتجوز المساقاة على شجر البعل ، وكذلك ما كان يشرب بالسيح ؛ لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء ، قيل لمالك : فزرع البعل كزرع إفريقية ومصر وهو لا يسقى ، قال : إن احتاج من المؤنة ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك ، جازت مساقاته ، وإن كانت لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودرسه لم يجز وتصير إجارة فاسدة وليس زرع البعل كشجره ، وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة

---

(١) « المنتقى » (٧/٧) .

(٢) « المدونة » (١٨/١٢) .

والخوف ، وقد يقال : الأظهر هو المشهور ؛ لأن الأشهر يؤدي إلى زيادة الفرع على الأصل .

وَلا يُسَاقَى الْبَيَاضُ إِلا تَبَعاً ثُلثاً فَمَا دُونَهُ بِقِيمَةِ الْجَمِيعِ

البياض عبارة عن الأرض الخالية من الشجر ؛ أي : لا يجوز إدخال البياض في المساقاة إلا بشرط أن يكون تبعاً للشجر ، وسواء كان بين أضعاف السواد أو مفرداً عن الشجر ، قاله ابن المواز .

وقوله : **(ثُلُثاً)** بدل أو عطف بيان من **(تَبَعاً)** ، وذكر المصنف التبعية لينبه على علة الجواز .

مالك : وكان بياض خيبر يسيراً بين أضعاف السواد .

مالك : وبذلك قضى أهل العلم .

وقوله : **(بِقِيمَةِ الْجَمِيعِ)** بيان لنسبة الثلث يعني أن التبعية منسوبة إلى جميع الثمرة ، كما لو كان كراء الأرض على انفرادها خمسة دنانير ، وكانت الثمرة المعتاد منها بعد إسقاط ما أنفق عليها تساوي عشرة ، هكذا نص عليه في «المدونة»[١] ، وقال ابن عبدوس : إنما يراعى أن يكون البياض تبعاً للثمرة كلها إذا كان بينهما ، فأما إذا ألغي فإنما يراعى فيه أن يكون تبعاً لحصة العامل فقط .

اللخمي : وما ذكره ابن القاسم من الإسقاط غلط ؛ لأن السقي والعلاج ثمن للثمرة فكيف يصح أن يحط ثمن أحدهما من الآخر ، وإنما باع العامل منافعه من عمل وسقي بالجزء الذي يأخذه بعد الطيب ، وإنما يطيب ذلك الجزء على رب الحائط ، ولهذا وجبت الزكاة فيه إن كان مجموع غلة الحائط خمسة أوسق ، وإن كان العامل عبداً أو نصرانياً .

فَإِنْ سَكَتَا فَقَالَ مَالِكٌ : يُلْغَى لِلْعَامِلِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَ ثُلُثَ نَصِيبِهِ فَمَا دُونَهُ ، وَرُوِيَ أَنَّهُ لِرَبِّهِ ...

تبع في نسبة هذا القول لمحمد صاحب «النكت»[٢] ، ونسبه ابن أبي زيد[٣] والباجي[٤]

(١) « المدونة » (١٢/ ١٩) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ١٠٥) .

(٣) « النوادر والزيادات » (١١/ ٤٨٢) .

(٤) « المنتقى » (٧/ ٨) .

واللخمي وابن يونس إلى ابن عبدوس ، ونسبه ابن شاس[1] إليهما ، واعلم أن البياض إن كان أكثر من الثلث لم يجز أن يدخلاه في المساقاة ، ولا يلغى للعامل بل يبقى لربه ، وإن كان يسيراً فأربعة أوجه : إما أن يسكتا عنه ، وإما أن يدخلاه ، وإما أن يشترطه ربه ، وإما أن يشترطه العامل ، تكلم المصنف على الوجه الأول بقوله : **(فَإِنْ سَكَتَا)** والرواية الأولى لمالك في «الموازية» وبها قال محمـد ، ولم يحقق محمد نسبتها لمالك ، واحـتج لها محمد بأن ذلك هو السنة منه ﷺ .

وقوله : **(وَرُوِيَ أَنَّهُ لِرَبِّهِ)** هو في «كتاب ابن سحنون» ، قال : وإن زرعه العامل بغير إذن رب الحائط فعليه كراء المثل ، وهو أحسن ؛ لأن مفهوم المساقاة أن يسقى ما يحتاج إلى السقي ، وهو النخل والبياض خارج عن هذا ، وهو الذي في «الجلاب» .

ابن عبد السلام : لعل محمد لا يريد بقوله : وتلك السنة أن الحكم عند الإطلاق إلغاؤه للعامل بالسنة ، ولعله يريد أن الواقع في قصة خيبر إلـغاء البياض لليهود ، وهو أحسن ما يحمل عليه ، ومع ذلك فلا يصح لما في الصحيح: **أنه عليه السلام عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر**[2] .

فَإِنْ أَدْخَلَاهُ فِي الْمُسَاقَاةِ فَبِجُزْئِهَا ، وَبَذْرُهُ عَلَى الْعَامِلِ وَإِلا فَسَدَ

هذا هو الوجه الثاني أعني إذا اشترط إدخاله ، فإن قلت : هو تكرار مع قوله في صدر المسألة: **(وَلا يُسَاقِي الْبَيَاضُ...إلى آخره)** قيل : كلامه أولاً إنما هو إعطاء قاعدة ، ثم تكلم على وجه المسألة ، والله عزَّ وجلَّ أعلم .

وقوله : **(فَبِجُـزْئِهَا)** أي فيجوز على مثل جزء المساقاة ، فحذف العامل والمضاف والباء بمعنى على كقوله تعالى : ﴿ **مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ** ﴾ [آل عمران: ٧٥] ، أي : على قنطار .

وقوله : **(وَبَذْرُهُ)** أي : البياض ، وفي بعض النسخ : **(بَذْرُهَا)** ، ويعود على الأرض الخالية المفهومة من السياق .

وقـــوله : **(وَإِلا)** : أي : وإن لم يكن بجزئهـا بل بجزء مخالف أو كان بجـزئها لكن والبذر ليس من عند العامل فسد العقد ، وهو أولى من تخصيص ابن عبد السلام .

---

(١) « الجواهر » (٣/٤٧) .

(٢) أخرجه مسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما.

وقـوله : (وَإِلا فَسَـدَ) يعني : أنه يشترط في جمـيع مسائل هذا الفصل أن يكون بذر البياض على العامل ؛ لأنه لم يرو أنه عليه الصلاة والسلام دفع لأهل خيبر شيئاً ، وخالف أصبغ في اشتراط مساواة جزء البياض للحائط ونص ما نقله الباجي(١) : ولو كان البياض تبعاً فاشترط العامل ثلاثة أرباعه ، فقد أبى ذلك ابن القاسم وكرهه أصبغ ثم أجازه .

فوجه الأول أنه لما اشترط البعض ، كان ذلك زيادة في المساقاة ، ولم يكن إلغاء ؛ لأن الإلغاء إنما يكون في جميعه .

ووجه الثاني : أنه اشترط أرضاً هي تبع ؛ كما لو اشترط جميعها .

وَلَوِ اشْتَرَطَ رَبُّهُ أَنْ يَعْمَلَهُ لِنَفْسِهِ فَفِي «الْمُوَطَّأ» : لا يَصْلُحُ ؛ لِنَيْلِهِ سَقْيَ الْعَامِلِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ...

هذا هو الوجه الثـالث ، وقوله : (لِنَيْلِهِ سَقْيَ الْعَـامِلِ) أي : لأن سقي العـامل ينال البياض ، وذلك زيادة اشترطها رب المال على العامل .

ابن عبد السلام : وروي في القول الثاني : إن العامل لا يتكلف لذلك زيادة في العمل؛ لأنه إنّما سقى شجرة ، وإنما ينتفع به البياض بعد ذلك كالذي ينتفع به الجار ونحوه .

ابن راشد : ولم أرَ أنَّ هذا القول معزو .

ابن حبـيب : ويجوز لربه الاشتراط إذا كان العامل لا يسـقيه ، كما إذا كان يعالج وهذا ينبغي أن يكون تقييداً لما في الموطأ .

تنبيه :

سكت المصنف على الوجـه الرابع ، وهو أن يشتـرطه العامل ولا خـلاف في جوازه ، والمشهور جواز إلغائه للعامل إذا كان ثلثاً لجـميع الثمرة ، وقال ابن عبدوس : لا يجوز إلا أن يكون تبعاً لنصيب العامل ، ونص مالك في «المدونة» وغيرها على أن إلغاءه هو المطلوب هنا ، ولفظه في «المدونة»(٢) : مالك : وأحب إلينا أن يلغى البياض ، فيكون للعامل وهو أصله .

---

(١) « المنتقى » (٨/٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (١٤٨/٣) .

صـاحـب «النكت»[١] : فإن اعتـرض معترض ، وقال : أليس قد سـاقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما يخرج من حب أو تمر .

فلم يستـحب مالك إلغـاء البياض ، ولم يسـتحب ما في الحـديث من كونه بينهـما ، فالجواب أنه جـاء في حديث آخر : أنه إنما ساقاهم على النخل خـاصَّة ، وترك لهم بياض النخل ، فاستحب مالك هذا؛ إذ في كون ذلك بينهما كراء الأرض بما يخرج منها .

وَبَيَاضُ الزَّرْعِ كَبَيَاضِ النَّخْلِ

يـعـنـي : إذا ساقى على زرع بشروطه وفيـه بياض ، فهو كما إذا سـاقاه على نخل فيه بياض ، فتجري الوجوه المتقدمة .

والشَّجَرُ التَّبَعُ فِي الزَّرْعِ يَلْزَمُ دُخُولُهُ

أي : إذا ساقى على زرع وفيه شجر تبع للزرع لزم دخـول الشجر في المساقاة ، قال في «المدونة» [٢]: ولا يجوز أن يلغي للعامل كالبياض ، ولا أن يكون لربِّ الأرض بل بينهما، وروى ابن وهب عن مالك جواز إلغاء ذلك للعامل كـمكتري الدار والأرض فيها نخل تبع يشترطان ثمرتها ، ولا يجوز أن يكون بينهما .

ابن المواز : ولم أعرف أحداً استحسن ما رواه ابن وهب ولا قال به ، والمعروف ما قاله ابن القاسم ، قال : وإنما لم يجز هنا الإلغـاء ؛ لأن السنة إنما وردت بإلغاء البياض ، وأما بإلغاء الشجر فلمالك في «الموازية» : ويجوز أن يساقي الحائط وفيه من الموز ما هو تبع قدر الثلث فـأقل ، ولا يكون لأحدهما ويـكون بينهمـا على سقي واحد مـثل الزرع الذي مع النخل .

ابن رشـــد[٣] : وعلى هذا يجوز إذا كان الموْزُ يـسيراً أن يشترطه كل واحـد منهما على صاحبه.

تنبيه : لما تكلم في «المدونة»[٤] على مسألة الشجر التبع للزرع ، قال : وفيه شجر متفرقة ، والظاهر أنه غير شرط ، وأنه لا فرق بين الشجر المتفرقة وغيرها .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٠٤) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٤٨) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٤٦) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٤٩) .

وَالزَّرْعُ وَالشَّجَرُ تَبَعاً أَوْ غَيْرَ تَبَعٍ يَجُوزُ بِجُزْءٍ وَاحِدٍ

أي : إذا كان في الأرض زرع وشجر سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو غير تبع يجوز أن يساقي الجميع بجـزء متحد كثلث أو ربع ، إلا أن الشجر إذا كان تبـعاً اشترط في الزرع أن يعجز عنه ربه ، وإن كان الزرع تبعاً للشجر لم يشترط فيه ذلك ، قاله ابن المواز .

ابن عبـد السلام : وقد تقدم قول المصنف أن الشجـر إذا كان تبعاً للزرع يلزم دخوله في المساقاة ، ولا يصح أن يلغي للعامل ولا لربِّ المال ، فأحـرى إذا كان غير تبع ، فعلى هذا يكون مراد المصنف بيان شيء آخـر غير الذي قدمه ، لئَلا يلزم التكرار مع ملاصـقة بعضه لبعض ، وذلك الشيء هو الذي صرح به في قوله : **(يَجُوزُ بِجُزْءٍ وَاحِدٍ)** ، فيكون مراده بيان شرط الجواز لا بيان أصل الجواز .

(وَالزَّرْعُ) مبتدأ **(وَالشَّجَرُ)** مبتدأ ثانٍ خبره **(يَجُوزُ)** والجملة خبر الأول ، و **(تَبَعاً أَوْ غَيْرَ تَبَعٍ)** حال .

الْمَأْخُوذُ شَرْطُهُ الْجُزْئِيَّةُ كَرِبْحِ الْقِرَاضِ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ فِي نِسْبَتِهَا

فيـه حذف مـضاف ، أي علم الجزئيـة ، ولو أبقيت كـلام المصنف على ظاهره لزم ألا تجوز مساقاة الحائط على جميع ثمره ، وهي جائزة ، ويدلُّ أيضاً على حذف المصاف قوله: **(كَالقِرَاضِ)** فإنه صرح بالمضاف في القراض .

وقوله : **(غَيْرُ مُخْتَلَفٍ فِـي نِسْبَتِهَا)** أي : لا يجوز أن يدفع إليه نصف الحائط بالنصف ونصفه بالثلث ، ولا نوعاً منه بالنصف ، ونوعاً آخر بالربع ، ولا سنة بكذا وسنة بكذا .

وَيَجُوزُ فِي حَوَائِطَ مُخْتَلِفَةٍ أَوْ مُتَّفِقَةٍ فِي صَفْقَةٍ بِشَرْطِ جُزْءٍ وَاحِدٍ

أي : وتجوز مساقاة حوائط مختلفة في النوع أو في الصفقة أو مختلفة فيهما .

(فِي صَفْـقَةٍ) أي : في عقد واحد بشرط جزء واحـد ، أما إن كانت بجزأين فلا يجوز وعلله في «المدونة»[1] بأنه قد كان في خيبر الجيد والرديء حين ساقاها سيدنا محمد ﷺ ، ومنع في سماع عيسى مساقاة حائطين مساقاة واحدة إلا أن يشترط أن يكونا متساويين .

ابن رشد[2] : ولم يختلف أنه لا تجوز مساقاة الحائطين على جزأين سواء كانا متفقين أو

---

(١) « المدونة » (١٢/١٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/١٥٦) .

مختلفين ،واختـار اللخمي جواز الاختـلاف في الجزء على حسب اختـلاف المؤنة بينهما ، قال : وليس في الحديث ما يمنع ذلك .

أَمَّا فِي صَفَقَاتٍ فَلا شَرْطَ

أي : يشترط اتحاد الجزئية .

وَاشْتِرَاطُ جُزْءِ الزَّكَاةِ جَائِزٌ كَالْقِرَاضِ

تقدم في ذلك أربعة أقوال .

فرع :

ولو اشترط الزكاة على العامل ونقص الحائط نصاباً فقال : يقتسمان الثمر نصفين .

وقال سحنون : يقتسمانه أعشاراً لصاحب الحائـط ستة ، وقيل : يقتسمانها من عشرين لربه منها أحد عشر ، وقـال ابن عبدوس : يقتسمانها أتساعاً لرب الحـائط خمسة ، ولهذا الاضطراب يكون القول بعدم جواز اشتراط الـزكاة هو الظاهر ، وإن كان خلاف المشهور ، ولهذا قال صاحب «البيان»[1] وابن زرقون : لعله تكلم في المشهور على ما إذا كان الحائط كثيراً أو تكلم في الشاذ ، وهو قوله في «الأسدية» على ما إذا كان الحائط يسيراً لا يؤمن أن يقل عن النصاب فلا يكون خلافاً ، وإن سكت عن الزكـاة ففي «المدونة» الشأن أن يخرجا الزكاة ثم يقتسمان ما بقي .

الْعَمَلُ لا يُشْتَرَطُ تَفْصِيلُهُ ، وَيُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ

نحوه في «الجواهر» [2]، وكلاهما محمول على ما إذا استقر فيه عرف غير مختلف ألا ترى إلى قولهما : **(وَيُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ)** .

البـاجي[3] : في ما كان له عرف قام مـقام الوصف ، وما لم يكن له عرف فلابد من وصفه من الجذاذ والسقي والحرث وسيأتي العمل .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/١٥٦) .

(٢) « الجواهر » (٣/٤٨) .

(٣) « المنتقى » (٧/٨) .

وَهُوَ الْقِيَامُ بِمَا تَفْتَقِرُ إِلَيْهِ الثَّمَرَةُ مِنَ السَّقْيِ وَالإِبَارِ وَالتَّنْقِيَةِ وَالْجِذَاذِ وَإِقَامَةِ الأَدَوَاتِ مِنَ الدِّلاءِ وَالْمَسَاحِي وَالأُجَرَاءِ وَالْغِلْمَانِ وَالدَّوَابِّ وَنَفَقَتِهِمْ

اختلف في الإبار والتلقيح ، فجعلهما مالك مرة على صاحب الحائط ، وفي «المدونة»[1] وغيرها هو على العامل ، وحمل ذلك بعضهم على الخلاف ، وجمع بعضهم بينهما ، فقال : معنى قوله : «على صاحب الحائط» أي : الشيء الذي يلقح به ، ومعنى قوله : «على العامل» أي : عمل ذلك وتعليق ما يحتاج إلى تعليقه ، وكذلك على العامل الحصاد والجَداد وتيبيس الثمرة .

ابن القاسم : والدراس ؛ لأنهم لا يستطيعون قسمه إلا بعد درسه ، وعلى العامل إقامة الأدوات كالدلاء - جمع دلو - والمساحي والأجراء - جمع أجير - ، وكلامه ظاهر التصور ، واختلف في عصر الزيتون ، فقال ابن القاسم : ذلك على ما شرط منها ، هكذا حكي الباجي[2] عن «المدونة» ، والذي في المختصرات عندنا : إن شَرَط قسمته حبّاً جاز ، وإن شرط عصره على العامل جاز ليسارته .

ابن عبد السلام : وليس عصره عندنا باليسير ، وكذلك الحصاد في غالب الأمر ولقط الزيتون وجذاذه .

وقال ابن المواز : إن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما ، وقال سحنون عن ابن القاسم : على العامل عصره إذا كان ذلك غالب عمل أهل البلد ، وإن شرط على العامل إن لم يكن ثَمّ عُرفٌ جاز ، وإن شرط على رب الحائط عصر حصة العامل لم يجز .

سحنون : منتهى عمله جناه ، وقال في «كتاب محمد»: إن لم يشترط على أحد فهو بينهما ، وقال ابن حبيب : العصر على العامل وإن شرط على صاحب الحائط وكان له قدر لم يجز ورد العامل إلى إجارة مثله .

قال في «المدونة»[3] : وإن شرط العامل على رب النخل صرام النخل لم ينبغ ذلك .

فرع :

فإن قصر العامل على بعض ما شرط عليه ففي «العتبية» عن سحنون في من شرط عليه

---

(١) « المدونة » (١٢/١٧) .

(٢) « المنتقى » (٧/٨) .

(٣) « المدونة » (١٢/٦) .

حرث الأرض ثلاث حرثات ، فحرث حرثين ينظر جميع حمل الحائط ، والمشترط عليه من سقي وحرث وقطع ، فإن كان ما ترك الثلث حط مـن نصيبه ثلثه أو الربع حط الربع ، أما لو كان ما ترك من العمل وجـد له بدل سماوي مثل أن يسقي الزرع بعض السقي فـيستغني عن المطر ، ففي «الموازية» و «العتبية» : لا يحاسبه رب الحائط ، بذلك .

قال في «البيان»[1] : ولا خلاف في ذلك ، قال : بخلاف الإجارة بالدنانير والدراهم على أن يسقي له حـائطه زمان السقـي ، وهو زمان معلوم عند أهل المعـرفة فيـسقي المطر الحائط ، فيجب أن يحط من إجارته قدر ما أقام المطر من الحائط ويسقط عنه في السقي .

وَمَا كَانَ فِيهِ يَوْمَ السَّقْيِ ؛ فَيَجِبُ لِلْعَامِلِ الاسْتِعَانَةُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ

ولا تجوز المسـاقاة على إخـراجه ؛ لأنه علـيه الصلاة والسـلام لم يخـرج شيئاً مما في الحوائط .

اللخـــمي : قال ابن نافع ويحـيى في «كتاب ابن مزين»: إذا كان فـي الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط ، وكـذلك أيضاً لا يجوز على المشـهور اشتراط العـامل ما لم يكن في الحائط ، وقال ابن نافع : لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه .

وَالأُجْرَةُ عَلَى رَبِّهِ بِخِلافِ نَفَقَتِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ

لما ذكر أنه يجب للعـامل الاستعانـة بما في الحائط من أجراء وغيـرهم ، بين أن الأجرة على ربه ، وهكذا في «الواضحة» ، وقيده اللخمي بما إذا كانت الأجرة وجيبة فتكون على رب الحائط إلى المدة التي واجبهم عليها ، فإن فضل من مدة المساقاة عن مدة الوجيبة شيء فعلى العامـل ، وإن كانت مدة الكراء غير وجـيبة ؛ لأنه قال بعـد أن قرر أن الأجرة على ربه: وهكذا إذا كان الأجير مسـتأجراً لجميع العمل ، وإن كان مستـأجراً لبعضه فلم أر في ذلك نصا، وعندي أن عليه أن يقبض من يتـم العمل ؛ لأنه لو مات للزمه ذلك ، فكذلك إذا انقضت مدة أجرته .

قوله : (**بِخِلافِ نَفَقَتِـهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ**) أي : فإنها على العامل ، وفي «مختصر ما ليس في المختصـر» : هي على رب الحائط فقدم في الأول الخبر ؛ لأنـه عليه السلام لم يتكلف شيئاً من ذلك ، وقدم في الثاني القياس ؛ لأنهم رقيق رب الحائط ودوابه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/١٥٧) .

ابن القاسم : وإن جهل العامل فلم يستثن ما في الحائط من رقيق ودواب وقال ربه : إنما ساقيتك بغيرهم ، إنهما يتحالفان ويتفاسخان .

الشيخ أبو محمد : انظر هذا وهو لا يجوز إخراجهم عنده فصار مدعيا لما لا يجوز .

الباجي(١) : ومعناه على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل ، فلم يقرر على صاحب الحائط أنهم في الحائط يوم المساقاة ولا يشهد عليهم بذلك ، ويعتقد أنهم في الحائط وأنهم له بمجرد العقد ، ثم اختلفا ، فقال صاحب الحائط : لم يكونوا في الحائط يوم العقد ، وقال العامل : بل كانوا فيه ، قال : وقد ذكر ابن مزين رواية عيسى هذه وزاد فيها : إلا أن يستثني رب الحائط الرقيق ، فتلزم المساقاة إلى أجلها ، وهذا يدل على صحتها على حسب ما قلناه ، وأما لو قال رب الحائط : إنهم كانوا في الحائط يوم العقد ، وشرط إخراجهم ، وأنكر ذلك على العامل ، وقال : شرطت إبقاءهم وأنكر الشرط ، فالقول قوله ؛ لأنه يدعي الصحة ، ولو قال رب الحائط : لم أشترط شيئاً لكني اعتقدت إخراجهم لم ينظر إلى ذلك وكانوا للعامل .

وَلِلْعَامِلِ خَلَفُ مَنْ مَاتَ أَوْ مَرِضَ ، وَلَوْ شَرَطَ أُجْرَتَهُمْ أَوْ خَلَفَهُمْ عَلَى الْعَامِلِ لَمْ يَجُزْ...

يعني : وكذلك لو غاب أو أبق ، وهذا معنى ما في «المدونة» و«الموطأ» ، ووجّهه الباجي(٢) بأن العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط ولكنه تعين بالتسليم واليد كالذي يُكري راحلته مضمونة ثم يسلم إحدى رواحله إلى الراكب ، فإنه ليس له أن يبدلها، ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر بعينه ؛ لأنه لم يكن في الذمة .

وقوله: (**وَلَوْ شَرَطَ أُجْرَتَهُمْ أَوْ خَلَفَهُمْ عَلَى الْعَامِلِ لَمْ يَجُزْ**) لأنه شرط مخالف لسنة المساقاة .

وَمَا رَثَّ مِمَّا كَانَ فِيهِ فَفِي تَعْيِينِ مُخْلِفِهِ قَوْلانِ

يعني : أنه إذا بنينا على ما تقدم أنه يجب للعامل الاستعانة بما فيه من دلاء أو حبال ونحو ذلك ، فلو (**رَثَّ**) ذلك - أي : بلي - فاختلف في (**تَعْيِينِ مُخْلِفِهِ**) هل هو رب

---

(١) « المنتقى » (٧/ ١٠) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ١١) .

الحائط أو العامل ؟ والقولان للقرويين .

البـاجي[1] : وكونه على العـامل أظهر ؛ لأنه إنما دخل على أن ينتفع بهـا حتى تهلك أعيانها وأمد امتهانها معلوم بخلاف العبد والدابة .

فَإِنْ سُرِقَ فَعَلَى رَبِّه إِخْلافُهُ ، فَإِذَا مَضَى قَدْرُ الانْتِفَاعِ بِالْمَسْرُوقِ جَاءَ الْقَوْلانِ

أي : (**فَـإِنْ سُرِقَ فَـعَلَى رَبِّهِ إِخْلافُـهُ**) اتفاقاً ، فـإذا أخلفه ربه وانتفع به العـامل قدر ما ينتهي المسروق إليـه ثم يختلف حينئذٍ ، فمن قـال : الخلف إذا بلي في الفرع السابق على ربه ، قال : يستـمر العامل على الاستـعمال ، ومن قال : الخلف علـى العامل أخذ رب الحائط ذلك ، وهذا مـعنى قوله : (**فَإِذَا مَضَى قَدْرُ الانْتِفَـاعِ بِالْمَسْرُوقِ جَاءَ الْقَوْلانِ**) فـي تعيين مخلفه ، وإنما يأتي هذا إذا أخلفه جديداً.

ابن عبد السلام : وذلك عندي لا يلزم ، وإنما يلزمه أن يخلفه بما هو مثل المسروق .

وَلا يَجُوزُ شَرْطُ مَا يَبْقَى بَعْدَ انْقِضَائِهَا كَحَـفْرِ بِئْرٍ وَإِنْشَاءِ غَرْسٍ وَاغْتُفِرَ اشْتِرَاطُ إِصْلاحِ الْجُدُرِ وَكَنْسِ الْعَيْنِ وَرَمِّ الْحَوْضِ ...

الأعمال ثلاثة :

الأول : ما هو في نفس الشـجر لأجل الثـمرة فهذا جـائز اشتراطه عـلى العامل بل هو عليه؛ وإن لم يشترط إذ ذاك عوض عن الثمرة التي يأخذها .

الثـاني : ما ليس فيها ويبقى عند انقضاء المساقاة ؛ كحفر بئر وإنشاء غرس ، فلا يجوز اشتـراطه على العامل ؛ لأن ذلك زيـادة ، وإذا امتنع هذا فلأن يمـتنع اشتراطه عـمل شيء خارج عن الحائط ؛ كبناء بيت ونحو ذلك أولى .

قال في «الموازية» : ولا يشترط على العامل غـرس نخل يأتي بها من عنده ، فإن كانت من عند رب الحائط في أصل شيء يسير لا تعظم فيه المؤنة فجائز ، ولا يجوز في كثير .

الثـالث : ليس هو عملاً في نفس الشجر ولا خارجـاً عنه ، ولا يبقى بعد مدة المساقاة نحو إصلاح الجدار وكنس العين ورم الحوض ، قال في «الرسالة»: من سد الحظيرة وهي : العيدان التي في أعلى الحائط مرتبطة ليمنع من التـسور عليه ، ورم الضفيرة وهي : موضع يجمع فيه الماء كالصهريج ، وكذلك أيضاً رم العين ، أي تنقيتها ، وسرو الشرب ، والسرو

---

(١) « المنتقى » (٧/ ١١) .

الكنس ، والشرب جمع شربة وهي : حياض يستنقع فيها الماء حول الشجر ، ورم القف وهو : الحوض الذي يفرغ فيه الدلو فيجري فيه إلى الضفيرة ، ويقال له : السلوقية ، وإصلاح الغرب وهو : الدلو الكبيرة ، الذي يرفع به الماء .

قال في «العتبية»[1] : [حرف][2] القف وإصلاح كسر الزرنوق قيمته الدريهمات والدنانير على رب الحائط إن لم يشترطه ، وروي عن أشهب أنه لا يشترط على العامل إصلاح كسر الزرنوق .

وَلا يَجُوزُ مُشَارَكَةُ رَبِّهِ وَلا اشْتِرَاطُ عَمَلِه

أي : لا يجوز لرب الحائط أن يدفع إلى العامل الحائط على أن يكون شريكاً معه بالنصف أو بغيره من الأجزاء ، قال في «العتبية»[3] : وإنما المساقاة أن تسلم الحائط للداخل، وكذلك لا يجوز اشتراط عمل يده ؛ لأن في ذلك تحجيراً ، وأجاز سحنون أن يشترط عمل ربه معه إذا كان الحائط كبيراً يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة ، قال في «المدونة»: ولا ينبغي للعامل أن يشترط إلا ما قل مثل غلام أو دابة ، ولا يجوز ذلك في حائط صغير ، ورب الحائط تكفيه دابة واحدة ، فيصير كأنه اشترط جميع العمل على ربه، فإن قلت : فما الفرق ؟ قيل : فرق بينهما صاحب «النكت»[4] بأنه ليست يد المالك كيد الغلام ؛ لأن يد المالك إذا بقيت معه فكأنه لم يسلمه إليه ولا رضي بأمانته ، والله أعلم .

فرع :

وإذا اشترط العامل دابة أو غلاماً ، فقال مالك في «العتبية»[5] وسحنون : إنَّ ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف إن هلكا ، وقيل : يجوز ذلك وإن لم يشترط الخلف فالحكم يوجبه، قال في «البيان»[6] : وهو ظاهر ما في «الواضحة» وما في «المدونة» محتمل للوجهين، قال : والذي أقول به : إنه تفسير لجميع الروايات ، إنه إن عين الغلام والدابة

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٦٠) .
(٢) في ط : رم .
(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٦٠) .
(٤) « النكت والفروق » (٢/ ١٠٦) .
(٥) « البيان والتحصيل » (١٢/١٦١) .
(٦) « البيان والتحصيل » (١٢/١٦١) .

بإشارة إليهما أو تسميته فلا تجوز المساقاة على ذلك إلا بشرط الخلف ، وإن لم يعين فالحكم يوجب الخلف وإن لم يشترط .

وَيُشْتَرَطُ تأقيتُهَا ، وَأَقَلُّهُ إِلَى الْجدَاد ، فَإِنْ أَطْلَقَ حَملَ عَلَيْه .

تصوره ظاهر ، قال مالك في «المدونة»(١) : والشأن في المساقاة إلى [الجذاذ](٢) ، لا تجوز شهر ولا سنة محدودة ، وهي إلى الجداد إذا لم تؤجل .

ابن القاسم : وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني .

وَتَجُوزُ إِلَى سِنِينَ وَالأَخِيرَةُ بِالْجدَاد مَا لَمْ تَكْثُرْ جِدا ، قِيلَ : عَشَرَةٌ ، قَالَ : لا أَدْرِي تَحْدِيدَ عَشَرَةٍ وَلا ثَلاثِينَ وَلا خَمْسِينَ ...

هكذا في «المدونة»(٣) وهو يحتمل معنيين :

أحدهما : أنه لم يثبت عنده في ذلك شيء من السنة .

والثاني : أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط ؛ إذ الجديد ليس كالقديم ، فلو حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد .

صاحب المعين : والصواب في المساقاة أن تؤرخ بالشهور العجمية التي فيها الجذاذ ، فإن أرخت بالعربية ، فإن انقضت قبل الجذاذ تمادى العامل إليه ، إلا أنه يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع ، فإن طالت السنون جدا فسخت ، انتهى .

ولما نقل أبو الحسن يؤرخ هنا بالعجمي ، قال هو : وهذا في السنين الكثيرة ؛ لأن السنين بالعربي تنتقل .

قوله : (**وَالأَخِيرَةُ بِالْجدَاد**) قال في «البيان»(٤) : ولا خلاف في ذلك ، وسواء تقدم الجذاذ أو تأخر عنها .

قال مالك في «الموازية» : وإن ساقى حائطاً في صفر سنة إحدى وسبعين ومائة إلى

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٤٦) .

(٢) في ط : الجداد .

(٣) « المدونة » (١٢/١٢) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٢/١٦٢) .

صفر سنة ثلاث وسبعين ، فإن وفّى الأجل قبل طيب الثمرة وقبل جذاذها لم يستكمل من يده استكمل المساقاة فيه حتى يتم جذاذه .

اللخمي : ويحتمل قوله على أنَّ الجذاذ قريب من انقضاء ذلك الأمد ، وأنهما يريان أن الثمرة تطيب في تلك المدة فيكونان قد قصدا إلى طيبِها ، ولو كان الطيب يتأخر عن تلك المدة فالشيء البين لم يصح ذلك ؛ لأنه استعمله على بيع منافعه في تلك المدة ليأخذ ثمرة عامين .

ابن عبد السلام : إنما يتم هذا التقييد إذا لم يكن للعامل شيء في الثمرة الثالثة ، وأما إن كان له منها نصيبه على نسبة ما تقدم وهو ظاهر الروايات فلا فساد فيها ، والله أعلم .

وظاهر قوله : **(الْجَدَادِ)** جداد جميع الثمرة ، وعليه جميع العمل ولو بقي عشرون نخلة .

قال في «الموازية» : وكذلك العوائم وهي : المؤخرة الطيب .

وقال مطرف وابن الماجشون : إن كانت العوائم قليلة جداً فعلى رب الحائط سقي جميع حائطه ، عوائمه وما جدّ منه ، ويوفى العامل حقه من ثمن العوائم ، وإن كانت العوائم أكثر ، فعلى العامل سقي الحائط كله مثل ما إذا جَدَّ بعضه وبقي بعضه ، وإن كان متناصفاً أو متشابهاً ، فعلى العامل أن يسقي العوائم وحدها وعلى رب الحائط سقي باقيه .

مالك في رواية ابن وهب : وإن كان في الحائط أصول مختلفة من نخل وكرم ورمان فعليه أن يسقيه كله حتى يفرغ منه .

وقال ابن الماجشون : الحكم فيه كما تقدم في العوائم ، وقاله أصبغ ، وقال مطرف : كلما قطعتَ منها ثمرة فقد انقضى سقيها قلَّت أو كثرت ، واختاره ابن حبيب .

وَلِلْعَامِلِ أَنْ يُسَاقِيَ أَميناً غَيْرَهُ

هكذا في «المدونة»[1] ، لكن ظاهرها أنه لابد أن يكون في مثل أمانة الأول ؛ لقوله : إذا كان في مثل أمانته ، وعلى هذا الظاهر فهمها ابن عبد السلام ؛ لكن صرَّح اللخمي بالجواز ، وإن لم يكن في مثل الأمانة ، زاد في «المدونة»[2] : وإن ساقى غير أمين ضمن

(١) « المدونة » (٨/١٢) .

(٢) « المدونة » (٨/١٢) .

وذكر صاحب «البيان» [١]في باب المساقاة خلافاً هل يلزم أن يكون مثله في الأمانة أم لا ؟ لكنه قـال : قد ذكرتـه في باب الشفـعة في رسم «إن أمكنتني» ولم يذكـره في هذا الرسم نصا، نعـم ذكر ما يمكن أن يخـرج منه الخلاف ، وهو أن المشـتري إذا أخذ الـشِّقص إلى أجل، هل للشفيع أن يأخـذ بالشفعة إلى ذلك الأجل وإن كان أقل مـلاء من المشتري ؟ أو ليس له أن يأخذ إلا أن يكون مليئاً كالأول ، والله أعلم .

وقـد صرح في مـوضع آخـر من كتـاب المسـاقاة أنـه إنما قصـد التـخريج ، قـال في «البـيان»[٢]: وظاهر قول مالك : له أن يساقي أميناً ؛ أن المساقي الثـاني محمول على غير الأمانة حتى يثبت أنه أمين ؛ بخلاف ورثته إذا مات فـهم محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غيـر أمناء ، بخلاف القراض فـإنهم محمـولون على أنهم غير أمناء حـتى يثبت أنهم أمناء، هذا ظاهر مـا في «المدونة» في القراض والمسـاقاة ، والفرق بينهـما أن مـال القراض يغاب عليه بخلاف الحائط في المساقاة .

خـلـيـل : وهذا هو الفرق بين المسـاقاة في إجازة مسـاقاة العامل غيـره ، وعدم جواز مقارضة العامل غيره كما قدمته .

قال في «المدونة» [٣]: ولا تنتقض المساقاة بموت أحدهما فإن مات العامل ، قيل لورثته: اعملوا فإن أبَوا لزم ذلك في ماله .

فرع :

قـال فـي «المدونة»[٤] : قال ابن مـسلمة : المساقـاة بالذهب والورق كبيع مـا لم يبدُ صلاحـه، فلا يجوز أن يربح في المسـاقاة إلا ثمراً ؛ مثل أن يأخـذ على النصف ، ويعطي على الثلثين فيربح السدس ، أو يربح عليه .

قال بعضهم : وقوله : إن المساقاة بالذهب كبيع الثمرة كلام مشكل .

عـيـاض : ومعناه عندي أنها إذا وقعت بالذهب والورق ، فكأن العـامل باع نصيبه من الثمر قبل أن يظهر ويحل بيعه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/١٤٧) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/١٤٧) .
(٣) « المدونة » (١٢/١٧) .
(٤) « المدونة » (١٢/١٧) .

وقوله : «**ألا ترى ...إلى آخره**» هو خلاف مذهب مالك ، ومالك لا يجيز هذا ، قال بعض شيوخنا : لأنه إن كان زاده السدس من الحائط ، فقد باع ذلك على ربه بغير إذنه، وباع ما لم يبعه منه ، ولو شرط ذلك في ذمته كان بيع الثمرة على جزأين : جزء في الحائط ، وجزء في ذمة العامل وذلك فاسد .

وقال غيره : معنى ما وقع من إجازة ذلك أن المساقي الثاني لم يعلم أن الأول أخذه على النصف ، ولو علم بذلك لم يجز للعلة المذكورة ، وكان للعامل أجر مثله ، انتهى .

ابن يونس : ولمالك في «الموازية» : إذا أخذه على النصف ودفعه على الثلثين إلى غير وربه عالم بذلك ، فربُّه أولى بنصف الثمرة ويرجع الثاني على الأول بما بقي ، وكذلك في «العتبية» عن مالك : ولا بأس أن يدفعه مساقاة لربِّ الحائط بأقلّ مما أخذه إذا لم تطب الثمرة ولا يجوز بمكيلة مسماة ولا بثمر نخلة معروفة ، ولا بشيء غير الثمرة ، ولا بأكثر مما أخذ منه ويصير العامل يحتاج إلى أن يزيد من ثمر حائط آخر .

ابن يونس : وأجاز دفعه إلى غير ربِّ الحائط بأكثر مما أخذه ، فإذا أجاز ذلك مع غير ربِّه ، وهو إنما يدفع أكثر مما بقي من غير الثمرة التي في الحائط ، فكذلك يجوز مع ربِّه لا فرق بينهما ، إما أن يجوز فيهما أو يمنع فيهما وهذا أبين ، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رب الحائط عالم أنه يعطيه الزيادة من حائط آخر ؛ لأنه عالم بمساقاته ، والأجنبي غير عالم، فلو علم لم يجز فيها ، انتهى .

وقال ابن رشد(١) : لما ذكر مسألة «الموازية» وقال فيها : إن ربه عالم ، هذا عندي على القول بأن السكوت ليس كالإذن وهو أحد قولي ابن القاسم ، وأما على القول بأنه كالإذن، فيجب أن يكون أحق بثلثي الثمرة ، ويرجع ربُّ الحائط على العامل الأول ، قال : بمثل سدس الثمرة ، وإن كان الأول أحقُّ بمثل نصف الثمرة فهو مثل ما في «المدونة»، قال : وهذا كلام خرج على غير تحصيل ؛ لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر ما لصاحب الحائط من حظه من الثمرة في قيمة عمله ، ويلزم على هذا إذا علم العامل الثاني أن الأول على النصف أن تكون المساقاة فاسدة ؛ لأنه دخل على أن تكون نصف الثمرة وقيمة ربع عمله ، وذلك مما لا يحلّ وقد رأيته لبعض أهل النظر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٥٢) .

فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ أَسْلَمَهُ وَلا شَيْءَ لَه

أي : فإن عجز العامل عن العمل ولم يجد أميناً يساقيه عليه أسلم الحائط لربِّه ولا شيء له ولا عليه ، وهكذا قال في «المدونة»(١) .

ابن عبد السلام : وظاهر «المدونة» وغيرها أن ذلك للعامل ، وإن لم يرض رب الحائط ، وأخذ منه أن المساقـاة لا تلزم بالعقد وقد تقدم ، ولأنهم قضـوا لربِّ الحائط إذا غارت عين السقي ، إن كان قبل العمل فلا شيء علـى رب الحائط ، وإن كان بعده لزمه أن ينفق بقدر ما يقع مـن الثمرة ، وإن لم يكن عنـده شيء فللعامل أن ينفق مـثله ، ويكون نصيـبه من الثمر رهناً بيده .

خليل : وظاهر «المدونة» أن ذلك للعامل وإن لم يرضَ رب الحائط أي لقوله فيها : وإذا عجز العامل عن السقي قيل له : ساقِ إن شئت أميناً ، فإن لم تجدْ أَسْلِم الحائطَ إلى ربِّه ثُمَّ لا شيء له ولا عليـه ؛ لأنه لو ساقـاه إياه جاز كـجواز الأجنبي ، وظاهر قـوله : «أسلم الحائط إلى ربه» ما ذكـر ، لكن تأول «المدونة» أبو الحسن وغيره بأن مـعناه إذا تراضيا على ذلك ، ويدل عليه تعليله بقوله : لأنه لو ساقاه ، والمساقاة لا تلزم إلا برضاهما .

خـليل : وهذا التأويل متَعَيَّن ، فقد قال قبل ذلك في «المدونة»(٢) : وإن عجـز العامل وقد حل بيع الثمرة لم يجز أن يساقي غيره ، وليـستأجر من يعمل معه [فإن لم يجد إلا أن يبيع نصيبـه ، ويؤجر به فعل](٣)، فإن كان فيه فـضل فله ، وإن نقص كان ذلك في ذمته إلا أن يرضى رب الحائط أخـذه ويعفيـه من العمل ، فذلك له ، وقـد نصَّ اللخمي وابن يونس على خلاف ما قاله .

ابن عـبـد السـلام : أيضاً لأنهمـا قالا : لو قال رب الحائط إنما أستـأجر من يعمل تمام العمل وأبيع له ما طاب من الثمرة وأستوفـي ما أديت فإن فضل فله ، وإن نقص أتبعته أن ذلك له .

ابن يونس : لقول ابـن القاسم في المتزارعين يعـجز أحدهمـا بعد العـمل وقبل طيب

---

(١) « المدونة » (١٢/١٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٤٤) .

(٣) سقط من ط .

الزرع، وقال أيضاً : يقال لصاحبه : اعمل فإذا طاب الزرع بع وتستوفي حقك ، فما فضل فله ، وما عجز أتبعته به ؛ لأن العمل كان لازماً له وكذلك هذا .

وفي اللخمي : قال ابن القاسم في المساقي يعجز بعد صلاح الثمرة بأنه يباع نصيبه ويستأجر عليه منه ، فإن كان فضل كان له ، وإن كان نقصان اتبع به .

وقال سحنون : إذا عجز رد إلى ربه بمنزلة ما إذا عجز هو قبل صلاحه ، قال : والمساقاة أولها لازم كالإجارة وآخرها إذا عجز كالجعل يسلم لربه ولا شيء له ، والقول الأول أبين ، وقد خالف هذا الجعل بأنه عقد لازم لا خيار فيه ، انتهى .

وظاهر قوله : **(لا شَيْءَ لَـهُ)** ولو انتفع رب الحائط بما عمل العامل فيه وهو ظاهر «المدونة» أيضاً .

وقال اللخمي : له فيه قيمة ما انتفع به من العمل الأول قياساً على قولهم في الجعل على حفر البئر ، ثم يترك ذلك اختيارا ، وأتم صاحب البئر حفرها ، وقد قدمنا نحو هذا من كلام ابن يونس في القراض .

وَلَهُمَا أَنْ يَتَقَايَلا

قال في «المدونة» (١): وإن تقايَلا على شيء يأخذه أحدُهما فليس هذا بيع ثمر لم يبدُ صلاحه ؛ إذ للعامل أن يساقي غيره فربُّ الحائط كأجنبي إذا تاركه .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامهم أن الإقالة تجوز في جميع أحوال الثمرة قبل الزهو وبعده ، وتقدم أن المشهور منع مساقاة ما حل بيعه .

ابن المواز : وإن تقايلا على شيء غير الثمرة أو من الثمرة بمكيلة مسماة أو ثمر نخلة معروفة أو على أكثر مما أخذ ، حيث يصير العامل يزيده من ثمر حائط آخر لم يجز ، وأما إن كان على جزء مسمى ولم تطب الثمرة ، فإن كان قبل العمل ، فقال في «البيان»(٢) : لا خلاف في جوازه على مذهب مالك الذي يرى المساقاة من العقود اللازمة ، وعلى مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة ؛ [التي لا تلزم](٣) لأن الجزء الذي يعطيه للعامل

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٤٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢ / ١٥٩ - ١٦٠) .

(٣) سقط من ط .

على هذا القول هبـة من الهبات ، وأمـا بعد العمل فأجـازه ابن القاسم في رسم الأقضيـة والأحبـاس من سمـاع أصبغ ، وقـال أصبغ : لا يجـوز ، وعلله باتهام رب الحـائط على استئجار العامل تلك الأشهر بسدس ثمر الحائط ، فصارت المساقاة دلسة بينهما ، وصار من بيع الثمار قبيل بدو صلاحها .

وقال ابن حـبيب : إن تَتَاركـا بجُعل دفعـه العامل إلى رب الحائط ؛ يعني : من غـير الثمرة ، فعثر عليه قبل الجـذاذ ، رد الجعل ورجع العامل إلى مساقاته ، وغرم لرب الحائط أجر مـا عمل بعد رده عليـه ، وكذلك إن كثـر عليه بعد الجـذاذ فللعامل نصف الثـمرة ، ويؤدي قيمة ما عمل بعد رده ويأخذ ما كان أداه .

وعلى هذا فالمصنف أطلق فـي محل التقيـيد ؛ إذ لم يفرق بين أن يكون قـبل العمل أو بعده ولا شيء أو بغير شيء .

وَلا يَنْفَسِخُ بِفَلَسِ رَبِّهِ وَيُبَاعُ مُسَاقًى ، وَقِيلَ : لا يُبَاعُ حَتَّى تَنْقَضِيَ أَوْ يَتْرُكَهَا

يعني : سواء فلس ربه قبل أن يعمل العامل أو بعده ، هكذا صرَّح في «المدونة»(١) .

وقوله : (**وَلا يَنْفَسِخُ بِفَلَسِ رَبِّهِ**) يعني : إذا تقدم عقد المساقاة على الفلس ، فأمَّا إنْ تَأخَّر فللغرماءِ فسخُها وتباع ، أي : إذا قلنا : إن المساقاة لا تنفسخ ، فقال ابن القاسم في «المدونة»(٢): للغرماء أن يبيعوا الحائط على أنه مـساقى منه كما هو ، فقيل له : لم أجزته [ولو أن رجلاً باع حائطه واستثنى ثمرته لم يجز](٣) ؟ قال : هذا وجه الشأن فيه ، وليس هذا عندي باستثناء ثمره ، وقال غيـره : لا يجوز بيع الحائط حينئذ ، ويوقف الشقص إلى أن تنقضي المساقاة أو يرضى العامل فيتركه ، فيحل بيعه .

وطرحه سحنون : وقال : بيعه جائز للضـرورة ، وقال في «كتاب ابنه»: إنما يجوز بيعه إذا كانت المسـاقاة سنة واحـدة لجواز بيع الربع والحـوائط على أن تنقضي بـعد سنة ، وإن كانت المساقاة إلى سنين لم يجز .

ابن يونس : وهذا خلاف قوله الأول وهو أصح ، وقـد تقدم أنَّ ابنَ الموَّاز قال : إنما يجوز بيـعه إذا أبِّرت ؛ لأنه قال : إن أبرت فطابت فـذلك جائز علم المبـتاع أو لم يعلم ،

---

(١) « المدونة » (١٢/١٩) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/١٤٨) .

(٣) سقط من ط .

وإن لم تؤبَّر لم يجز البيع علم المشتري بالسقي أو لم يعلم شيئاً أو أبى إذ لا يجوز للبائع حينئذٍ استثناء شيء من الثمرة إذا لم تؤبَّر ، وقال في المشتري يخرج العامل بشيء يعطيه من غير الثمرة فلا يجوز وأما بجزء منها أو بغير شيء فجائز .

الرَّابِعُ الصِّيغَةُ مِـثْلُ : سَاقَيْتُكَ وَعَامَلْتُكَ عَلَى كَذَا ، فَيَقُـولُ : قَبِلْتُ ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا مِنْ قَوْلٍ أَو فِعْلٍ ...

هكذا قال ابن شاس[١] ، والواو في قوله : **(وَمَا فِي مَعْنَاهَا)** بمعنى **(أو)** .

وقوله : **(وَمَا فِي مَعْنَاهَا)** عائد على **(قَبِلْتُ)** ولا يعود على **(الصِّيغَة)** لأن قوله : **(مِنْ قَوْلٍ أَو فِـعْلٍ)** لا يصح أن يكون تفسيراً للصيغة إلا بتجوز ، وقد تقدم أن المساقاة لا تنعقد عند ابن القاسم إلا بلفظ ساقيتك ، وحكى صاحب «المقدمات»[٢] وغيره أن المساقاة تنعقد عند سحنون بـ (آجرتك) فـ **(عَامَلْتُكَ)** مثلها ، ولم أرَ من صرَّح بأنَّ سحنون يرى الانعقاد بالفعل ، والله أعلم .

وَلِلْفَاسِدَةِ ثَلاثَةُ أَحْوَالٍ : قَبْلَ الْعَمَلِ فَتَنْفَسِخُ

لما ذكر أركان الصحـيحة وشروطها ، علم أن الفاسدة مـا اختل منها ركن أو شرط ولا خلاف فيما ذكره .

الثَّـانِيَةُ : بَعْـدَ الْفَرَاغِ فَـأَرْبَعَـةُ أَقْوَال : لِلْعَـامِلِ أُجْرَةُ الْمِـثْلِ ، وَمُـسَاقَـاةُ الْمِثْلِ مُطْلَقـاً ، وَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنَ الْجُزْءِ الَّذِي شَرَطَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْمُسَاقِي ، أَوْ أَقَلَّ إِنْ كَانَ لِلْمُسَاقَى ، وَالرَّابِعُ : قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِنْ خَـرَجَا عَنْ مَعْنَاهَا كَاشْتِرَاطِ زِيَادَةٍ مِنْ عَيْنٍ أَوْ عَرَضٍ فَأُجْرَةُ الْمِثْلِ فَـإِنْ لَمْ يَخْرُجَا كَمُسَاقَاتِه مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ ، أَوِ اشْـتِرَاطِ عَمَلِ رَبِّهِ مَعَهُ ، أَوْ مُسَاقَاةٍ مَعَ بَيْعٍ فِي صَفْقَةٍ ، أَوْ سَنَةَ كَذَا ، فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ ...

(بَعْـدَ الْفَـرَاغِ) أي : من العـمل ، **(فَـأَرْبَعَةُ أَقْـوَال)** : أي القول بأجـرة المثل قال في «البيان»[٣] و«المقدمات»[٤] : يأتي على قول عبد العزيز بن أبي سلمة في القراض أنه يرد

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٤٩) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ١٨٣) .

(٣) « البيان والتحصيل » (٤/ ٤١٨) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ١٨٤) .

فيه إلى أجرة المثل ، ومساقاة المثل هو القول الثاني ، قال في «المقدمات»(١) : وعليه يأتي قول أصبغ في «العتبية» في الذي يساقي الرجل في الحائط على ألا يحمل أحدهما نصيب صاحبه من الثمرة إلى منزله وهو بعيد ، وهما مبنيان على أن المستثنى من أصل هل يرد إذا فسد إلى صحيح أصله أو صحيح نفسه ؟

قوله : (**وَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ... إلى آخره**) هذا هو القول الثالث ، وذكره في «المقدمات»، وهو أن الفاسد يرد إلى مساقاة مثله .

(**مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنَ الْجُزْءِ الَّذِي شَرَطَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْمُسَاقِي**)

بكسر القاف وهو رب الحائط ؛ لأن العامل قد رضي أن يأخذ الجزء مع زيادة شرط عليه فأولى أن يأخذ مع عدم الشرط ، ويرد إلى مساقاة المثل ما لم يكن أقل من الجزء الذي دخلا عليه إن كان الشرط للعامل وهو المساقَى بفتح القاف ، وحاصله إن كان رب الحائط هو المشترط للزيادة فللعامل أقل الأمرين من مساقاة المثل أو الجزء الذي دخل عليه ، وإن كان المشترط هو العامل فله أكثرهما ، وتصور القول الرابع بين ، وذكر فيه أربعة أمثلة يرد فيها إلى مساقاة المثل ، والمثالان الأولان في «المدونة» والأخيران في «العتبية» .

قال في «المقدمات»(٢) : ويتخرج على المثال الرابع ما إذا ساقاه حائطا بكراء وأبقى صاحب «المقدمات» قول ابن القاسم على إطلاقه من التفرقة المذكورة ، قال : ويأتي على مسائل كثيرة مسطرة لابن حبيب وغيره ، قال : وكان ينبغي لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن ما يرد فيه إلى مساقاة المثل على مذهب ابن القاسم هذه الأربعة فقط وما عداها فأجرة المثل ، فعلى تأويلهم عن ابن القاسم .

ابن راشد : وحفظت عن الشيخ القرافي صورة خامسة يرد فيها إلى مساقاة المثل ، وهي: إذا ادعى كل منهما ما لا يشبه وتحالفا ، وقد نظمت فيها هذه الأبيات :

وأجرة مثل في المساقاة عينت ... سوى خمسة قد خالف الشرع حكمها
مساقاة إبان بدو صلاحها ... وجزأين في عامين شرط يعمها
وإن شرط الثاني على عامل له ... مساعدة والبيع فافهمها كلها
وما قد مضاه الحكم بعد تحالف ... فدونك أبياتا حسانا فلمها

---

(١) « المقدمات » (٢/ ١٨٤) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ١٨٥) .

ولما ذكر عياض صورتي «المدونة» وصورتي «العتبية» ، قال في سماع عيسى مسألة خامسة وهي مساقاة حائط على أن يكفيه مؤنة آخر ، قال : وكذلك يلزم في مساقاة حائطين على اختلاف الأجزاء ، وكذلك إذا اشترط العامل دابة أو غلاماً ليس في الحائط ، وهو صغير تكفيه الدابة ، ولـذلك إن اشترط عليه أن يحمله إلى منزله في كل هذا يرد إلى مساقاة المثل الأربعة التي ذكرها عياض والصورة التي ذكرها القرافي ، والله أعلم .

الثَّالِثَةُ : فِي أَثْنَاءِ الْعَمَلِ تَنْفَسِخُ إِنْ كَانَ الْوَاجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ وَتَمْضِي إِنْ كَانَت مُسَاقَاةَ الْمِثْلِ...

أي : الحالة الثالثة أن يطَّلع عليه في أثناء العمل ، فتنفسخ المساقاة إنْ كان الواجب أجرة المثل كما في الإجارة الفاسدة ؛ لأنه يكون له بحساب ما عمل ، وإن حكمنا بمساقاة المثل فالضرورة داعية إلى تمام العمل ؛ لأن التقدير إنما يدفع للعامل من الثمر ، ولأنا لو فسخناها لزم أن يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل لا شيء للعامل إلا بتمام العمل ، وعلى هذا القول فلابد أن يكون شرع في العمل بما له بال ، أشار إليه عياض .

ابن عبد السلام : وقد ظهر أن أجرة المثل متعلقة بالذمة ، ومساقاة المثل متعلقة بالحائط ، وقد تقدم في القراض خلاف في هذا .

وَحُكْمُهَا بَعْدَ سَنَةٍ مِنَ سِنِينَ كَحُكْمِهَا فِي أَثْنَاءِ سَنَةٍ

أي : فتفسخ إن كان الواجب أجرة المثل ، وتمضي إن كان الواجب مساقاة المثل .

كتاب المزارعة

الْمُزَارَعَةُ : الْمَشْهُورُ جَوَازُهَا وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِكَا فِي الدَّوَابِّ وَالآلَةِ

دائرة بين الشركة والإجارة فلهـذا وقع الاختلاف في لزومها بالعقد فـقيل : تلزم تغليباً للإجارة ، وهو قول سحنون ، وقيل : لا تلزم تغليباً للشركة ولكل واحد منهما أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر .

ابن رشـــد[1]: وهو معنى قـول ابن القاسم في « المدونة » ونص رواية أصـبغ عنه في «العتبـية » ، وقيل : لا تلزم إلا بالشروع في العمل ، وهو قـول ابن كنانة في «المبسوط»، وبه جرت الفتوى عندنا بقرطبة ، وهو على قياس رواية ابن زياد عن مالك أن الجاعل يلزمه الجعل بشروع المجعول له في العمل .

وقوله : (**الْمَشْهُورُ جَوَازُهَا**) هو مذهب « المدونة » ، والشاذ رواية ابن غانم ، لا تجوز حتى يشتركا في كل نوع.

والذي فـي النـسخ (**وَإِنْ**) بإثبات الواو ، والصـواب إسقاطها ؛ لأن إثبـاتها يوجب أن يكون الخـلاف مع التسـاوي في جميـع الأشياء وليـس كذلك ، وقد صـرح عيـاض بنفي الخلاف فيها .

وأجاب بعض من تكلم على هذا الموضوع بأن قوله : (**وَإِنْ لَمْ يَشْتَـرِكَا**) حال معطوفة على حال مقـدرة ؛ أي : المشهور جوازها في حـال الاشتراك ، وفي حال عـدم الاشتراك والخلاف راجع إلى الحال المعطوفة لا المعطوف عليها .

خليل : وفيه تعسف .

وَشَرْطُهَا : السَّلامَةُ مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِمَا يُمْنَعُ كِرَاؤُهَا بِهِ ، فَمَتَى كَانَ جُزْءٌ مِنَ الْبَذْرِ فِي مُقَابَلَةِ جُزْءٍ مِنَ الأَرْضِ فَسَدَ...

أي : شرط جوازها (**السَّلامَةُ مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ**) لما يمنع من كرائها به ؛ لأنه عليه السلام نهى عن ذلك ، وهذا هو المشـهور وعلـى قول الداودي ، ويحـيى بن يحيى الأصـيلي : يجوز كراء الأرض بما يخرج منها ، وتجوز المزارعـة وإن كان جزء من البذر في مقابلة جزء

(١) « المقدمات » (٢/ ٢١١) .

من الأرض ، وقال : السلامة من كراء الأرض بما يمنع كراؤها به وعدل عمَّا يقوله أهل المذهب : أن يسلم من كراء الأرض بما يخرج منها لقصور عبارتهم ، فإن كلامه يشمل ما يخرج منها وما لا يخرج من الطعام كالسَّمن والعسل وغيرهما ، وروي عنه أن ما لا يخرج منها لا مدخل له في المزارعة ، فلذلك اكتفوا بعبارتهم .

قوله : (فَمَتَى كَانَ) كالنتيجة عما قبله ، ومثاله ما في « الواضحة » و« كتاب ابن سحنون » : إذا أخرج أحدهما الأرض وثلث البذر ، والآخر العمل وثلثي الزريعة ؛ لأن زيادة الزريعة كراء الأرض ، أو أخرج أحدهما ثلثي الأرض وثلث البذر ، والآخر ثلث الأرض وثلثي البذر والعمل ، والزرع بينهما نصفين لم يجز .

سحنون : لأنه أكرى سدس أرضه بسدس بذر صاحبه ، والبذر بالذال المعجمة نص عليه الجوهري وغيره .

وَفِي أَرْضٍ لا خَطْبَ لَهَا قَوْلانِ

لا يريد أنهما تساويا فيما عدا الأرض ، والأرض من عند أحدهما ، فإن هذه ستأتي ، بل مراده إذا أخرج أحدهما البذر والآخر العمل والأرض ، فإن كانت الأرض لها خطب ؛ أي : قدر لم يجز ، وإن كانت ليس لها خطب فحكى المصنف وغيره قولين ، وتقدير كلامه : وفي جواز إلغاء الأرض مقابلة لبذر ، فحذف مضافين وصفة .

والجواز لسحنون ، وهو مبني على جواز التطوع بالتافه في العقد .

والثاني لابن عبدوس ، ورأى أنه يدخله كراء الأرض بما يخرج منها .

ابن يونس : وهو الصواب .

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَا يُقَابِلُهَا مُعَادِلاً لِكِرَائِهَا عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَقِيلَ : إِلا فِيمَا لا خَطْبَ لَهُ...

تقدم أن شرط المزارعة السلامة من مقابلة الأرض ببذر فبالضرورة أن ما يقابلها من عمل أو بقر ، فذكر أن من شرط ما يقابلها من عمل وبقر أن يكون معادلاً ، أي مساوياً لكرائها على المنصوص ، كما لو أن كراء الأرض ألف دينار والعمل يساوي خمسمائة والبقر كذلك، والمنصوص قول مالك وأصحابه .

سحنون : وهو صواب لأن سنة الشركة التساوي ، فإذا خرجت عن ذلك خرجت عن

حد ما أرخص فيه منها وصارت إجارة فاسدة .

وقوله : (وَقِـيلَ) هو مقابل المنصوص ، وهو قول ابن حبيب ، وقد تقدم غير مرة أن المصنف تارة يقابل المنصوص بمنصوص مثله ، وتارة يقابله بمخرّج .

قال في «المقدمات»(١) : ومن غلّب الإجارة ألزمها في العقد وأجاز التفاضل بينهما ولم يراعِ التكافؤ .

ابن حبيب : إلا أن يتفاحش مثل أن يكون قيمة [كراء](٢) ما أخرجه أحدهما أكثر من قيـمة ما أخـرجه صاحبـه بالأمر البين الذي لا يتـغابن بمثله في البيـوع ، وقال [ابن](٣) سحنون : ذلك جائز وإن تفاحش وتباين التفاضل .

فَلَوْ كَانَتِ الأَرْضُ مِنْهُمَا وَالْبَذْرُ مِنْهُمَا وتَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوِ الْبَذْرُ مِنْ أَحدهمَا وَمُقَابِلُهُ عَمَلٌ يُسَاوِيهِ ـ جَازَ خِلافاً لابْنِ دِينَارٍ وَقِيلَ : يُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِيهِمَا ، وَقِيلَ: وَالْكَثِيرُ فِي الثَّانِيَة..

أما الصـورة الأولى : فقال عياض وغيره : لا خـلاف فيها ؛ لأنهما تساويا في الأرض والبذر والعمل .

قوله : (وَتَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ) يريد : فيما به العمل وهو البقر ، وعلى هذا فخلاف ابن دينار عائد على الثانية فقط لعدم الخـلاف في الأولى ؛ ولأنه لو أراد الخلاف فيهما لقال : على الأغلب من عادته خلافاً لابن دينار فيهما .

الصـورة الثانيـة : أن يخرج أحدهمـا البذر ويقابله الآخر بعـمل يساويه وتكون الأرض بينهمـا وجاز لسلامتهـا من كراء الأرض بما يخرج منها ، وقـول ابن دينار نقله سحنون ، قال: وجـعله مثل ذهب وعرض بذهب وعـرض ، يعني أن أحدهمـا أخرج بعض الأرض والطعام في مقابلة بعض الأرض .

سحنون : وهذا جائز بخلاف المراطلة ، على أن المصنف لو استغنى بما قدمه من قوله : (وَالْمَشْـهُورُ جَـوَازُهَا وَإِنْ لَمْ يَشْتَـرِكَا) لكان أحسن ولا يقـال : مأخذ الرواية الشاذة غـير مأخـذ ابن دينار ؛ لأن الرواية الشاذة مأخـذها إنما هو ؛ لأن حقـيقة الشـركة إنما تكون إذا اشتـركا في الجميـع ومأخذ ابن دينار في المنع في هذه المسـألة إنما هو لفظ ، فلعل المصنف ذكره لاختلاف المأخذين ؛ لأنا نقول : المصنف لم يذكر مأخذ القولين ، والله أعلم .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢١١) .

(٢) سقط من ط . (٣) سقط من ط .

تنبيه :

ذكر اللَّخْمِيّ وابن يونس وغيرهما أن سحنون نقل خلاف ابن دينار في الصورة الثانية .

وقال **ابن راشد** : لم ينقل ابن يونس خلاف ابن دينار في الصورة الثانية ، وإنما نقله في صورة أخرى ، وهي إذا كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر ، وفيه نظر ؛ لأن هذه الصورة ممنوعة على المذهب بلا إشكال ، ولعل سبب ذلك أن النسخة التي نظرها من ابن يونس سقيمة .

وقوله : **(وَقِيلَ : يُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِيهِمَا)** أي : في الصورتين ، وذلك أنه لما قال في الأولى : **(وَتَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ)** وقال في الثانية : **(وَمُقَابِلُهُ عَمَلٌ يُسَاوِيهِ)** وأشعر ذلك اشتراط التساوي وأنه لا يغتفر فيهما تفاوت يسير ولا كثير ، وذكر قولين آخرين :

أحدهما : أنه يغتفر التفاوت اليسير في الصورتين ، وهو قول ابن حبيب .

والثاني : أنه يغتفر اليسير في الأولى والكثير في الثانية .

ووجهه أن الأولى دخلا فيها على حقيقة الشركة دون مبايعة لاشتراكهما في جميع الأشياء وذلك موجب لطلب الاعتدال بينهما فلا يغتفر إلا اليسير الذي تدعوه الضرورة إليه .

وأما الثانية : فقصد فيها المبالغة وهي لا يشترط فيها التساوي ، بل هي مظنة المغابنة وهذا القول لسحنون ، ولا يقال : هذا التوجيه يقتضي المنع من الأصل لمنع اجتماع الشركة مع البيع ؛ لأنا نقول : إنما يمنع البيع مع الشركة إذا كان البيع خارجاً عن الشركة، والله أعلم .

وَأَمَّا لَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ وَلا عَادَةٍ كَالشَّرِكَةِ

أي : ما معناه من التفاضل إنما هو قبل العقد ، وأما لو تبرع أحدهما بعده أو سلفه فذلك جائز من غير وأْي ولا عادة ، والوأي : الوعد وهو أحسن من كلام المصنف ؛ لأنه إذا امتنع في الوعد فأولى في الشرط ولا ينعكس .

وقوله : **(بَعْدَ الْعَقْدِ)** نحوه لسحنون أي ولا يشترط العمل ، وعلله الشيخ أبو محمد بكون الشركة لازمة بالتعاقد ، وعلى القول بنفي اللزوم قبل العمل فهو وإن وقع بعد العقد وقبل العمل بمنزلة الواقع قبله .

وقد حكى أبو الحسن في جـواز فضل أحدهما على الآخر بما له بال بعد الـعقد قولين، قـال : وهما مـبنيـان على أن الشـركة تـلزم بعد العـقـد أم لا ، وقد تـقدم أن صـاحب «المقدمات»(١) قال : الذي جرت به الفتوى أن المزارعة إنما تلزم بالعمل ، وعلى هذا فيكون كلام المصنف جارياً على هذا القول .

وقول المصنف : **(كَالشَّرِكَةِ)** أشار به إلى ما قدمه وهو قوله : فإن وقعت على تفاضل الربح أو العمل فسدت ، ولزم التـراد في الربح وفي العمل أجرة المثل في نصف الزيادة ، وأما لو تبرع أحدهما بعد العقد من غير شرط فجائز .

ونقل ابن يونس عن ابن حبيب قولاً آخر ، قال : إن عقدا على ألا يعتدلا ولا يتكافيا جاز ما فضل به أحدهما الآخر طوعاً قل أو كثر إذا اعتدلا في الزريعة ثم تفاضلا في غيرها وسلما من أن يكون للأرض كراء من الزريعة .

وَلَوْ كَانَتِ الأَرْضُ مِنْ أَحَدِهِمَا فَأَلْغَاهَا وَتَسَاوَيَا فِيمَا عَدَاهَا لَمْ يَجُزْ إِلا فِيمَ لا خَطْبَ لَهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ ...

هذه مسـألة «المدونة» في رجلين اشتركـا في الزرع فأخرج أحـدهما أرضاً لهـا قدر في الكراء فيلغيها لصـاحبها ويعتدلان فيما عدا ذلك من العـمل والبذر فلا يجوز إلا أن يخرج صاحبـه نصف كراء الأرض ويتساويا في العمل والبـذر أو تكون الأرض لا خطب لها في الكراء، كأرض المغـرب وشبههـا ، فيجوز أن يلغى كـراؤها لصاحبه، ويتـساويا فيمـا عدا ذلك.

وقال سحنون في «كتاب ابـنه» : لا يعجبني أن تلغى الأرض من المتزارعين وإن لم يكن لها كراء ولولا أن مالكاً قاله لكان غيره أحب إليَّ منه ، ولما كان قول سحنون ليس صريحاً في المخالفة ، وهو محتمل لما أشار المصنف إليه بقوله : على المنصوص .

تنبيه :

لعل المصنف خص الأرض تبعا « للمدونة » وإلا فينـبغي أن يكون التطوع بالتافه مطلقاً لذلك ، وعليـه تدل « الرسالة »(٢) ؛ لأن فيها : لو اكـتريا الأرض والبذر من عند واحد وعلى الآخر العمل جاز إذا تقاربت قيمة ذلك .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢١١) .

(٢) « الرسالة » (ص / ١١٢) .

فَلَوْ كَانَت الأَرْضُ منْ أَحَدهمَا مَعَ جَمِيعِ الْبَذْرِ ، أَوْ بَعْضِ الْبَذْرِ وَالْعَمَلُ عَلَى الآخَرِ ؛ فَإِنْ كَانَ للْعَامِلِ نسْبَةُ بَذْرٍ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ ، وإِلا فَلا ...

ذَكَر مسألتين : الأولى أن يكون من أحدهما الأرض كلها أو جميع البذر وعلى الآخر العمل - يريد والبقر والآلة ، وأطلق العمل عليه وعلى البقر والآلة لأنهما سببان له - جاز وهو قول سحنون ؛ ففي اللَّخْمِيّ : واختلف إذا كان البذر من عند صاحب الأرض والعمل والبقر من عند الآخر ، فأجازه سحنون ومنعه محمد وابن حبيب .

وقول **ابن عبد السلام** : إن هذه الصورة هي مسألة الخماس ببلاد المغرب ليس بظاهر ؛ لأن في مسألة الخماس البقر والآلة من عند رب الأرض ، وإنما للعامل جزء معلوم يساوي قيمة عمله ، ويتبين لك ذلك بالوقوف على ما في «أجوبة ابن رشد»[1] ، ونص السؤال : يتفضل الفقيه الأجلُّ قاضي الجماعة أبو الوليد ابن رشد - وفقه الله تعالى ورضي عنه - بالجواب في رجلين اشتركا في الزرع على أن جعل أحدهما : الأرض والبذر والبقر والثاني: العمل ، ويكون الربع للعامل ، والثلاثة الأرباع لصاحب الأرض ، هل يجوز ذلك أم لا ؟ وأجابه بأن قال : تصفحت سؤالك ، فأما مسألة الاشتراك في الزرع على الوجه الذي ذكرت فلا يخلو الأمر فيها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يعقداها بلفظ الشركة .

والثاني : أن يعقداها بلفظ الإجارة .

والثالث : أن لا يسميا في عقدها شركة ولا إجارة ، وإنما قال : أدفع إليك أرضي وبذري وبقري وتتولى أنت العمل ، ويكون لك ربع الزرع أو خمسه أو جزء من أجزائه يسميانه ، فحمله ابن القاسم على الإجارة ولم يجزه وإليه ذهب ابن حبيب ، وحمله سحنون على الشركة فأجازه ، هذا تحصيل القول عندي في هذه المسألة ، وكان من أدركنا من الشيوخ لا يحصلونها هذا التحصيل ، ويذهبون إلى أنها مسألة اختلاف جملة من غير تفصيل ، وليس ذلك عندي بصحيح . انتهى .

وحاصله : إن عقداها بلفظ الشركة جاز بلا إشكال وبلفظ الإجارة امتنع بلا خلاف ؛ لأنها إجارة بجزء مجهول ، وقد نص أبو الحسن على أن هذه هي مسألة الخماس لا ما قاله

---

(١) « مسائل ابن رشد » (١/١٥٦) .

ابن عبد السلام ، ولا يقال : لعل **ابن عبد السلام** أراد هذه ؛ لأنا نقول : قد نص على أنه أراد مسألة اللَّخْمِيّ .

قـوله : **(أَوْ بَعْضِ الْبَذْرِ وَالْعَـمَلُ عَلَى الآخَرِ)** هذه هي مسألة الثـانية ؛ أي : لو كانت الأرض من عند أحدهما مع بعض البـذر وعلى الآخر العمل مع البذر ، كان للعـامل نسبة بذره ، أي : قدر مـا أخرجه العامل من البـذر كما لو أخرج كل واحـد نص البذر والزرع بينهما نصفان .

قـوله : **(أَوْ أَكْـثَـرُ)** كما إذا أخرج العـامل ثلث البذر وأخذ النصف ؛ لأنه يكون ثلث العمل مـقابلاً لثلث رب الأرض ، ويبـقى الثلث الآخر الذي أخـرجه رب الأرض مـقابلاً لعمل العامل فلا منع ، وهذا معنى قوله : **(جَازَ)** يريد بشرط التكافؤ كما تقدم .

قـوله: **(وَإِلا فَـلا)** أي : وإن لم يكن للعامل نسبة بذره ولا أكثر بل أقل امتنع كما لو أخرج العامل ثلثي البذر وأخرج رب الأرض ثلث البـذر والزرع بينهما نصفان ؛ لأن الثلث الزائد من العامل يصير في مقابلة الأرض جزء من البذر وهكذا قال ابن حبيب .

وَالْعَمَلُ الْمُـشْتَرَطُ هُوَ الْحَرْثُ لا الْحَـصَادُ وَالدِّرَاسُ عَلَى الأَصَحِّ لأَنَّهُ مَجْـهُولٌ ، وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ : وَالْحَصَادُ والدِّرَاسُ ...

لما ذكر المصنف أولاً العمل وكان فـيه اختلاف احتاج إلى بيانه ومـا صححه المصنف هو قول ابن سحنون وصححه للدليل ، وكذلك قال ابن يونس والتونسي : إنه الصواب ؛ لأن الحصاد والدراس مجهولان لا يدري كيف يكونان وشأنـهما قد يقل ويكثر ، واستشكلا ما وقع لابن القاسم في « الـعتبيـة » من رواية حسين بإجـازة اشتراطهـما ، وهو الذي حكاه المصنف عنه ، ونص هـذه الرواية على نقل ابن يونس ، وقـال حـسين عن ابن القـاسم : فيمن أعطى لرجل أرضاً ليقلبها وينبتهـا فإذا كان أوان الزرع كان البذر بينهما والزرع بينهما والعمل على الداخل والحصاد والدراس ، ونقل نصيب رب الأرض إليه .

قال : وبين القليب والزرع شهـر ، فإن كانت الأرض مأمونة جاز ذلك وإن كـانت غير مأمونة لم يجز ، وانظر كيف منعوا هنا جواز اشـتراط الحصاد والدراس ، وأجازوا اشتراط عصر الزيتون على العامل في المساقاة .

خليل : والقليب : الحرث .

الجوهري[1] : المقلب الحديدة التي تقلب بها الأرض للزراعة .

وَالْبَذْرُ الْمُشْتَرَكُ شَرْطُهُ الْخَلْطُ كَالْمَالِ

لا حاجة إلى قوله : (**الْمُشْتَرَكُ**) لأن الخلط يغني عنه ، ولما كان الخلط ظاهراً في عدم تمييز أحدهما عن الآخر بيَّن أنه ليس المراد ذلك بقوله : (**كَالْمَالِ**) فأشار إلى ما قدمه وهو إمّا أن يكون تحت أيديهما أو أحدهما ، وهكذا قال مالك وابن القاسم .

اللَّخْمِيّ : واختلف عن سحنون فقال مرة بقول مالك ، وقال مرة : إنما تصح الشركة إذا خلطا الزريعة أو جمعاها في بيت واحد وحملاها إلى فدان ، ونص هذا الثاني عند ابن يونس .

ومن «كتاب ابن سحنون» : وإذا صحت الشركة في المزارعة ، وأخرجا البذر جميعاً إلا أنهما لم يخلطا فزرعا بذر هذا في فدان أو في بعضه ، وزرعا الآخر في الناحية الأخرى ، ولم يعملا على ذلك فإن الشركة لا تنعقد ولكل واحد ما أنبت حبه ويتراجعان في فضل الأكرية ويتحاصان ، وإنما تتم الشركة إذا خلطا ما أخرجاه من الزريعة أو جمعاه في بيت واحد ، ثم زرعا الأخرى فهو جائز ، كما لو جمعاها في بيت وتصح الشركة .

قال بعض فقهاء القرويين : وعند ابن القاسم إن الشركة جائزة خلطا أو لم يخلطا .

ابن عبد السلام : ولعل المصنف إنما سكت عنه لاحتمال جواز الإقدام على ذلك ابتداء، وإنه ممنوع أولاً ، لكنه إذا وقع مضى وهو الظاهر من تفريعه .

فَلَوْ أَخْرَجَاهُ مَعاً وَبَذَرَاهُ ؛ وَقِيلَ : كَالْخَلْطِ ؛ وَقِيلَ : إِنْ عُلِمَتِ النَّوَاحِي فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ نَبْتُ بَذْرِهِ وَيَتَرَاجَعَانِ فِي الأَكْرِيَةِ وَالْعَمَلِ ...

لو اشتركا في الإخراج في وقت واحد فقولان :

أولهما : أنه كالخلط وهو الجاري على قول مالك وابن القاسم .

والثاني : أنّ لكلٍّ واحدٍ نبت بذره إن علمت النواحي ، وهو أحد قولي سحنون .

---

(١) « الصحاح » (٢/٩١) .

وَعَلَى الصِّحَّـةِ لَوْ لَمْ يَنْبُتْ بَذْرُ أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ غُـرَّ لَمْ يَحْتَسِبْ بِبَذْرِهِ وَعَلَيْهِ مِثْلُ نِصْفِ النَّابِتِ، وَإِنْ لَمْ يُغَرَّ فَعَلَى كُلٍّ وَاحِدٍ نِصْفُ بَذْرِ الآخَرِ ، وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا فِيهِمَا ...

أي : وعلى القول بصحة الشركة لو لم ينبت بذر أحدهما يكون الزرع بينهمـا لصحة العقد ، وتصور كلامه ظاهر ، والضمير في (**فِيهِمَا**) عائد على صورتي الغرور وعدمه .

ابن عبد السلام : وسكت في الرواية عن رجوع المغرور على الغارّ بقيمة نصف العمل ، وينبغي أن يكون له الرجوع بذلك ؛ لأنه غرر بالفعل .

خليل : وينبغي أن يرجعَ عليه بنصف قيمة كراء الأرض التي غر فيها ، قيل : وهذا إذا لم يغتـر عليه إلا بعد انقـضاء إبان الزراعة ، ولو علـم ذلك في إبانها لَزِمَ الغارَّ الضـمانُ وعليه أن يخرج المكيلة من زريعة تنبت فيـزرعها في ذلك القليبِ وهما شريكان ، ولا غرم على الآخر للغارِّ ، وإن لم يكن غرَّه فليـخرجا قفيزاً آخر فيـزرعان في القليب إن اختاراها على شركتهما .

تنبيه :

بقي على المصنف شرط آخر في البـذر وهو ثالثهما جنساً ، وإن أخرج أحدهمـا قمحاً والآخر شعـيراً أو سُلْتاً أو صنفين من القطنيـة ، فقال سحنون : لكل واحـد ما أنبت بذره ويتراجعان في الأكرية ثم قال : يجوز إن اعتدلت القيمة .

اللخمي : يريد والمكيلة .

وَفِي الْفَاسِدَةِ إِنْ تَكَافَآ فِي الْعَمَلِ فَبَيْنَهُمَا وَيَتَرَاجَعَانِ غَيْرَهُ

لَمَّا ذكر المزارعة الصحـيحة وشروطها عُلِم أنَّ الفاسدة ما فـقد منها شرط ، ولذلك لم يحتج إلى بيان الفاسدة ، وتقدير كلامه : والحكم في المزارعة الفاسدة تفسخ قبل العمل ، وإن فاتت ففي المذهب طريقان : أولاهما تفصـيلية وهي التي بدأ بها المصنف ، وذكر منها ثلاث صور ، الصورة الأولى : (**إِنْ تَكَافَآ فِي الْعَمَلِ فَبَيْنَهُمَا**) أي : فالزرع بينهما ، وذلك إذا أخرج أحدهمـا البذر والآخر الأرض والعمل بينهـما ، ولا خلاف في فسادهـما لمقابلة الأرض بالبذر ، فيكون الزرع بينهما .

(**وَيَتَـرَاجَعَـانِ غَيْـرَهُ**) أي : غير الـعمل وهو البذر والأرض فيكون على صـاحب البذر نصف كراء الأرض وعلى صـاحب الأرض مكيلة البذر ، وهكذا نقلـه ابن المواز عن مالك

وابن القاسم ، وظاهر كلام ابن حبيب أنَّ الزرع لصاحب البذر وحْدَه ، ويكون عليه لصاحبِ الأرضِ كراءُ أرضِهِ وقيمة نصف العمل ؛ لأنه قال : وأصل هذا أن كل متزارعين على معادلة وقع في مزارعتهما ، كراء الأرض بالبذر فافسخه واجعل الزرع لرب البذر ، وكل متزارعين على غير معادلة سلماً من كراء الأرض بشيء من البذر ، فاجعل الزرع بينهما نصفين ، ويتراجعان في الفضل فيما سوى ذلك .

وإنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا مَعَ الْعَمَلِ فَالزَّرْعُ لَهُ وَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ

هذه الصورة الثانية وفسدت بما فسدت به الأولى ؛ لأن قوله : **(مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا)** البذر مع العمل يقتضي أن الأرض من عند الآخر ، وحينئذ يقابل الأرض جزء من البذر ، **(فَالزَّرْعُ لَهُ)** أي لصاحب البذر والعمل ؛ لأنه اجتمع له من الثلاثة شيئان ، وقدم لذلك .

(وَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ) أي : أجرة الأرض .

ابن القاسم وابن حبيب : وإن أخرج أحدهما الأرض والعمل على الآخر وجميع البذر على أنه له نصفه على رب الأرض ، لم يجز شرط السلف ، وإن وقع فالربح بينهما نصفين لضمانهما الزريعة ، وتكافيهما في العمل وكراء الأرض ، ويرجع مخرج البذر بنصفه معجلاً على الآخر .

وقال سحنون : الزرع لمسلف البذرِ وعليه كراء الأرض ، قبض رب الأرض حصته من الزريعة أو لم يقبض إذا وقعت الشركة على شرط السلف إلا أن يكون أسلف على غير شرط بعد صحة العقد .

إنْ كَانَ الْبَذْرُ فَقَطْ مِنَ الْمَالِك أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِم : الزَّرْعُ لِلْعَامِلِ ، وَقَالَ سحْنُونٌ : الزَّرْعُ لِرَبِّ الْبَذْرِ ثُمَّ يُقَوِّمَانِ مَا يَلْزَمُهُمَا مِنْ مَكِيلَةِ الْبَذْرِ وَأُجْرَةِ الأَرْضِ وَالْعَمَلِ...

هذه هي الصورة الثالثة ودلَّ كلامُهُ على أنَّها تقع على وجهين :

الأول : أن يكون البذر من المالك أي للأرض ومن الآخر العمل .

والوجه الثاني : أن يكون البذر من أجنبي فتكون الأرض لواحد والبذر لآخر والعمل لآخر وتكون الشركة من ثلاثة أشخاص .

ولا إشكال في فساد الوجه الثاني لمقابلة جزء من الأرض بجزء من البذر ، وأما الوجه الأول : فقد يقال : فيه نظر ؛ لأن كلام المصنف يقتضي أن سحنون يقول بفساده ،

والمنقول عنه فيمـا إذا أخرج أحدهما الأرض والبذر ، وأخرج الآخر العـمل وقيمة ذلك ، مثل كراء الأرض جواز ذلك وعن ابن حبيب عدم جوازه .

ابن حـبـيب : وإن نزل فالزرع لصاحب الأرض والبذر والبقر وعليـه للآخر قيمة عمل يده، وكـأنه آجره بنصف مـا تنبت أرضه اللهم إلا أن يقـال : إن مُرَادَ المصنف إذا وقـعت الشركة بينهما على التفاضل .

وقـوله : **(فَقَـالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الزَّرْعُ لِلْـعَامِلِ)** يعني : في الوجـهين ، وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم في «الموازية» .

ونص ما نقله ابن يونس : قال ابن المواز : ومن قول مالك وابن القاسم : إن الزرع كله في فساد الشركـة لمن تولى القيام به كان مخرج البذر صـاحب الأرض أو غيره ، وعليه إن كان هو مخرج الـبذر له كراء أرض صاحبه ، وإن كان صـاحبه مخرج البذر فـعليه له مثل بذره .

وهكذا نقل الشيخ أبو محـمد هذا القول ، واعترض القرويون على أبي مـحمد ما نقله عن ابن القاسم أنه لصاحب العمل ، وقالوا : لم نجد لابن القاسم أن الزرع للعامل دون أن يضاف إليه .

وقـوله : **(وَقَالَ سـحْنُونٌ : الزَّرْعُ لِرَبِّ الْبَذْرِ)** ظاهره أيضاً في الوجـهين ، وهذا القول رواه ابن غانم عن مالك أن الزرع لصاحب الزريعة وعليه قيمة كراء الأرض والعمل .

ابن حبـيب : وبه قال من المدنيين مطرف وابن الماجشون وابن نافع ، ومن المصريين ابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ، ولم أر النصَّ عن سحنون إلا في الوجه الأول ، وهذا إذا كان البذر من عند ربِّ الأرض .

قال ابن يونس : نقل عنه أن الزرع لرب البـذر ، وذكر عنه أيضاً صورة أخـرى فقال : قال سـحنون : وإذا اشتـرك ثلاثة فأخـرج أحدهم الأرض ونصف البـذر ، والآخر نصف البذر فـقط ، والثالث البقر والـعمل على أنَّ الزرع بينهم أثلاثاً لم يجز ، فـإن نزل فالزرع على مـذهب ابن القاسم بين العـامل ورب الأرض ، ويغرمـان لمخرج نصف البـذر مكيلة بذره.

ومذهب سحنون أن الزرع لصـاحبي الزريعة وعليهما كـراء الأرض والعمل ، وقال ابن

حبيب : قد أخطأ والزرع بينهم أثلاثاً ، والذي ذكر ابن المواز على أصل ابن القاسم أنَّ الزَّرْعَ لمن ولي العمل إذا سلمت الأرض إليه فيؤدي مثل البذر لمخرجه ، وكراء الأرض لربها ، انتهى .

قوله : **(ثُمَّ يُقَوِّمَانِ)** هو من القيام وهو معنى الغرم والضمير المثنى عائد على صاحب الأرض والعامل وهذا مرتب على قول ابن القاسم وسحنون أي فعلى قول ابن القاسم أن الزرع للعامل يكون عليه كراء الأرض ومثل البذر إذا كان من غيره وعلى قول سحنون أن الزرع لصاحب البذر وتكون عليه قيمة العمل وكراء الأرض إن كانت لغيره ، ولما فرغ رحمه الله من الطريق التفصيلية شرع في الإجمالية فقال :

وَقَالَ الْبَاجِيُّ[1] : فِي الْفَاسِدَةِ سِتَّةُ أَقْوَالٍ :

الأَوَّلُ : لِصَاحِبِ الْبَذْرِ .

الثَّانِي : لِلْعَامِلِ .

الثَّالِثُ : لِمَنْ لَهُ اثْنَانِ مِنَ الأَرْضِ وَالْبَذْرِ وَالْعَمَلِ .

الرَّابِعُ : لِمَنْ لَهُ الْبَقَرُ وَالأَرْضُ وَالْعَمَلُ .

الْخَامِسُ : لِمَنْ اجْتَمَعَ لَهُ شَيْئَانِ مِنَ الأَرْبَعَةِ .

السَّادِسُ : إِنْ سَلِمَتْ مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا فَعَلَى مَا شَرَطُوهُ وَإِلا فَلِصَاحِبِ الْبَذْرِ .

(الْبَاجِيُّ) هو ابن رشد وقد تقدم في الطلاق سبب ذلك، وهذه الطريقة ذكرها في «المقدمات»[2] فقال : واختلف في المزارعة الفاسدة إذا وقعت وفاتت بالعمل على ستة أقوال :

أحدها : أن الزرع لصاحب البذر ويؤدي لأصحابه كراء ما أخرجوه .

والثاني : أن الزرع لصاحب العمل وهو تأويل ابن أبي زيد عن ابن القاسم فيما حكى عنه ابن المواز .

(١) « المنتقى » (٧/ ١٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢١١) .

والثالث : [أنه][1] لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة [أصول][2] وهي البذور والأرض والعمل فإن كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد منهم شيئان منها أو انفرد كل واحد منهم بشيء منها فالزرع بينهم أثلاثاً وإن اجتمع لأحدهم شيئان دون أصحابه كان له الزرع دونهم ، وهو مذهب ابن القاسم واختيار ابن المواز على ما تأول أبو إسحاق التونسي .

والرابع : أنه يكون لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة أشياء على هذا الترتيب وهي : الأرض ، والعمل ، والبقر .

والخامس : أن يكون لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء على هذا الترتيب وهي : البذر، والأرض ، والعمل ، والبقر .

والسادس : قول ابن حبيب : إن الفساد إن سلم من كراء الأرض بما يخرج منها كان الزرع بينهم فالزرع على ما اشترطوه وتعادلوا في ما أخرجوه .

وإن دخله كراء الأرض بما يخرج منها فالزرع لصاحب البذر .

وعلى هذا فقول المصنف في القول الرابع : (**لِمَنْ لَهُ الْبَقَرُ وَالأَرْضُ وَالْعَمَلُ**) ليس بجيد وصوابه: «لمن له اثنان من الأرض والبقر والعمل»، وكذلك الخامس صوابه أن يقول لمن اجتمع له شيئان من البذر والبقر والأرض والعمل، ولا يقال كلام المصنف غير صحيح من حيث المعنى ؛ لأنه إذا اجتمع لواحد أربعة فماذا يكون للآخر ؛ لأنه لا يلزم من كون الأربعة لواحد أن يكون جميعها له فمن الجائز أن يكون معه شريك في بعضها وفي كلها ألا ترى إلى القول الثالث في كلام ابن رشد .

---

(١) سقط من ط .

(٢) سقط من ط .

كتاب الإجارة

الإِجَارَةُ

الجـوهري[1] : الأجر : الثواب ، آجره الله يأجره أجـراً ، وكذلك آجره الله إيجاراً أو آجر فلان خمسة من ولده ، أي : ماتوا فصاروا أجرة .

والأجرة : الكراء ، يقال : استأجر الرجل فهو يأجرني أي يصير أجري ، قال تعالى : ﴿ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾[القصص: ٢٧] ، انتهى .

فحكي في الفعل : القصر والمد ، وأنكر الأصمعي المد .

عياض : وهو صحيح ، فقد نقل اللغتين غير واحد .

(الإِجَارَةُ) : منافع معلومة ، وهي مأخوذة من الأجر وهو الثواب .

كَالْبَيْعِ فِيمَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ لَهَا أَرْكَان

يعني : أن كل ما يصح بيعه جازت إجارته ، وما ليس فليس ، لأن الإجارة بيع منافع ، ولا فرق بين بيع المنافع والأعيان ، وهكذا قال عياض .

وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام .

الأَوَّلُ : الْعَاقِدَانِ كَالْمُتَبَايِعَيْنِ

يعني : العاقدان للإجارة فأشار إلى أن للإجارة أركان .

(الأَوَّلُ : الْعَاقِدَانِ كَالْمُتَبَايِعَيْنِ) شرطهما التمييز وقيل : إلا السكران : والتكليف شرط اللزوم ، والإسلام شرط المصحف والمسلم ، واقتضى تشبيهه أنه لو آجر الصبي نفسه لكان للولي إمضاؤه وفسخه ، وقد نصَّ في «المدونة» على ذلك ، وكذلك المعين .

قال في «المدونة»[2] : فإن فعلا ، فعليه الأكثر مما سماه ، وأجرة المثل .

ابن راشـــد : وللسفيـه البالغ أن يؤاجر نفسه على ظاهر المذهب ، فـإن كان في أجره محاباة فلوليه النظر في ذلك .

قال مطرف وابن الماجشون : لا بأس أن يستأجر الرجل الغلام لم يبلغ الحلم ، والجارية

---

(١) « الصحاح » (١/٥) . (٢) « المدونة » (١٥/٥٨) .

لم تحض، من أنفسهـما إذا عقلا وكان ما فـعلوه نظراً ، ويدفع إجارتهما إليهـما ، ويبرأ بذلك الدافع ما لم يكن شيء له بال ، ومـا كان في إجارتهمـا من محاباة فعلى المسـتأجر إتمامها ، كان مـعهما ولي أم لا ، وكذلك إذا عقد عليهـما أخ أو عم ، يجوز في ذلك ما يجوز إذا عقـداه ، ويبرأ بذلك إذا كان الولي مأموناً ، وإن كان وليـاً من الإمام كان أحب إلينا ، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : لا يؤاجر إلا المأمون .

وهكذا نقل صـاحب «النوادر»[1] وغيره ، وذكـر بعض على هذا الموضع أنه لا يجوز لهما أن يعقدا على أنفسهما عند ابن القاسم ، وأنه إنما يعقد عليهما عنده والوصي أو مقدم القاضي .

الأُجْرَةُ كَالثَّمَنِ

هذا هو الركن الثاني ، ومعنى كلامه : أن ما جاز أن يكون ثمناً ، جاز أن يكون أجرة، وحاصله : أنه يشـترط في الأجرة مـا قدمه في المعـقود عليه في الـبيع أن يكون طاهراً ، منتفـعاً به ، مقدوراً على تسليـمه ، معلوماً ، وهذه الكليـة لا ينخرم إلا بكراء الأرض مما يخـرج منها ، لأن الطـعام يصح أن يكون ثمـنا ، ولا يصح أن يكون أجرة بـالنسبـة إلى الأرض .

وأجاب ابن عـبد السلام : بأن مراده ، أن كل مـا هو صالح للتنميـة من حيث هو في البيع ، فهو صالح لأن يكون عوضاً في الإجارة ، إلا أن يعرض بذلك مانع من الموانع .

ألا ترى أنه لا يصلح الاعتراض بالثمرة مثـلا على المعقود عليه ، من جهة أنه لا تصلح المعاوضة بينه وبين الرطب ، وأيضاً فالمانع من كـون الطعام إجارة ، ما يؤدي إليه ، إما من الربا ، وإما من المزابنة باعتبار ما يخرج من الأرض .

وأجاب غيره بأن المصنف قد استثناه بعد الأرض .

فإن قـيل : كلامه منتقض بما أجازه ابن القاسم في «العتبية» في الخياط المخالف الذي لا يكاد يخـالف مسـتخـيطه أن يراضيـه على أجرة إذا فـرغ ، فإنه يدل علـى عدم اشـتراط المعلومية .

قيل : هذه صورة نادرة ، فلا تقدم على أن ابن حبيب قال : لا ينبغي أن يستعمله حتى يسمي أجرته .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٣/ ٤٩) .

وَلا تُتَعَجَّلُ إلا بِشَرْطٍ أَوْ عَادَةٍ إلا أَنْ يَكُونَ عَرْضا مُعَيَّنا أَوْ عَلَى إِجَارَةٍ مَضْمُونَةٍ

إنما لم تتعجل الإجارة ، لأن عوضها غير معجل ، بخلاف البيع .

ولو قال : إلا أن تكون عـرضاً معيناً أو تكون الإجـارة مضمونة كمـا في «الجواهر»(١) لكان أبين ، ولا إشكال في لزوم التـقديم مع الشرط أو العـادة ، ولزوم التقديم في العـقد المعين ، لئلا يؤدي إلى بيع معين يتـأخر قبضه وما في الإجارة المضـمونة ؛ لئلا يلزم الدين بالدين كـالسلم ، وقيـد ذلك في «الموازية» بألا يشـرع ، وأما لو شـرع في الركوب لجـاز التأخير .

وكذلك قال عـبد الوهاب ؛ أي : لأن قبض الأوائل كقبـض الأواخر ، فلا يلزم الدين بالدين .

قال في «المقدمات»(٢) : قال عبد الوهاب : يجب في المضمونة تعجيل أحد الطرفين من الأجرة ، والشروع في الاستيفاء ، يريد إذا كان العمل يسيراً ليخرج من الدين بالدين وقيد ما قال غيره بأن يكون العمل يسيراً .

وما ذكـره المصنف من لزوم التقديم إذا كان الكـراء مضمونا ، نص عليـه مالك ، وهو الأصل لما تقـدم ، لكن اختلف في ذلك في الكراء المضـمون ؛ أي : الحج ونحـوه بسبب ضرورة عارضت ذلك .

ففي «الموازية» عن مالك في من تكارى كراءً مضموناً إلى أجل ، مثل الحج في غير إبانه فلا يجوز أن يؤخـر النقد ، ولكن يعجل الدنانير ونحوها ، وكـان يقول : لا ينبغي إلا أن ينقد مـثل ثلث الكراء ، ثم رجع فقـال : قد اقـتطع الأكرياء أمـوال الناس ، فلا بأس أن يؤخرهم بالنقد ، ويقدموهم بالدنانير وشبهه .

تنبيه :

قيد في «الجواهر»(٣) الطعام بأن يكون رطبا ، وتبع في ذلك صاحب «التلقين» .

والظاهر أنه لا فرق بين الطعام الرطب واليابس ؛ لأنه بيع عين يتأخر قبضه فيهما ، نعم الغرر في الرطب أقوى ، وفي بعض النسخ بعد قوله : (**مُعَيَّناً أَوْ طَعَاماً وَشِبْهَهُ**) .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٥٧) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٥١) .

(٣) « الجواهر » (٣/ ٥٧) .

وَمَنَافِعُ الْعَيْنِ كَالْعَيْنِ

أي : الأجرة تصح بمنفعة العين كالعين ، ومراده بـ (**الْعَـيْنِ**) المعين ؛ أي : الدابة التي تقابل المنفعة ، ويدل عليه إضافة المنافع إليه .

وَلِذَلِكَ جَازَ سُكْنَى بِسُكْنَى ، أَوَّلُهُمَا مُتَّفَقٌ أَوْ مُخْتَلَفٌ

اللام : للتـعليل ؛ أي : ولأجل أن منافع العين كـالعين ، جاز أن تكون سكنا عـوض السكنى ، ولو كـانت منافع الذات كالمنافع المضـمونة ، لم يجز ذلك ، وخـصص السكنى لأنها الواقعة في الرواية ، وإلا فلا فرق في ذلك بين العبد والدابة والأرض .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرْطٌ وَلا عَادَةٌ أَخَذَ مُيَاوَمَةً

هكذا نقل صاحب «الجواهر»[1] وغيره عن ابن القصَّار .

ومـعنى (**مُيَـاوَمَةً**) أي : كل ما تمكن من استيفاء منفـعة وما لزمه أجرته ، لأنه المسكن وظاهر كلام المؤلف يتناول المنافع ، بالأجرة حقيقة في العرف مقصورة عليها ، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق ، إلا بعد تمام العمل .

نعم خـرج بعض الشيوخ عـلى قول ابن المواز في الصـانع يضمن المصنوع بصـيغـته ، ويأخـذ الأجرة بكـمالهـا ، أن يكون حكمـه عند التنازع في قـبض الأجـرة حكم مكري الراحلة، مهما عمل شيئاً أخذ بحسابه .

فَإِنْ كَانَ عَلَى عَرَضٍ مُعَيَّنٍ وَالْعُرْفُ التَّأْخِيرُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : فَسَدَ الْعَقْدُ ، وَقَالَ غَيْرُهُ: يَصِحُّ وَيُعَجَّلُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الإِطْلَاقَ يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ الْمُؤَدِّي إِلى الْفَسَادِ أَوَّلاً ...

(**فَسَدَ الْعَقْدُ**) أي : إلا أن يشترط التعجيل .

وقال غيره : يصح ويجبر على التعجيل ؛ وهو معنى قوله : (**وَيُعَـجَّلُ**) والبناء الذي ذكره المصنـف ذكره الأستـاذ أبو بكر ، فقـال : وهذا أصل مخـتلف فيه بين ابـن القاسم والمدنيين .

فعند ابن القاسم : يحمل الإطلاق على العرف ، فإن كان العرف فاسداً .

وعند ابن الماجشون وغـيره من المدنيين : لا حكم للعرف الفاسد ، وإنما التـأثير للعرف الصحيح .

---

(١) « الجواهر » (٣/٥٨) .

ووجه قول الغير ؛ أن الحمل على الفساد خلاف قصد المتبايعين لأنهما قاصدان لانبرام العقد ، ونوقش المصنف في تخصيص الخلاف هنا إذا كان العرف التأخير .

وإن مذهب ابن القاسم في كراء الرواحل الفساد إذا لم يكن العرف التقديم ، سواء كان العرف التأخير أو لم يكن عرف وكانوا يتبايعون بالوجهين .

وابن حبيب يصحح في الوجهين ، صرح بذلك اللخمي وابن يونس وغيرهما ، وعلله ابن يونس بأنه إذا لم يكن ثم عرف من قاعدة ابن القاسم عدم تعجيل الأجرة فكان ذلك الشرط التأجيل والدنانير والدراهم إذا كانت أيضاً معينة حكمها حكم العرض .

نص على ذلك في «المدونة»(١)، ففيها : وقال غيره في الدنانير جائز وإن تلفت فعليه الضمان وعلى هذا ففي قول المصنف : عرض معين قصور ، وفي بعض النسخ وهو أحسن.

وَلَوِ اسْتَأْجَرَ السَّلَّاخَ بِالْجِلْدِ ، وَالنَّسَّاجَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّوْبِ ، وَالطَّحَّانَ بِالنُّخَالَةِ لَمْ يَجُزْ ...

لما ذكر أن الأجرة كالثمن فلا يجوز فيها الجهالة ، ذكر صوراً ممنوعة لذلك .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه في الجلد أنه لا فرق بين أن تكون الشاة مذبوحة أو حية، وهو كذلك إذ لا يدري كيف يخرج بعد السلخ .

خليل : وقد تقدم في بيع الجلود على ظهور الخرفان في البيوع ستة أقوال ينبغي أن تأتي هنا ، واستقرأ من «المدونة» جواز بيع الجلد من إجازته بيع السباع حية لأخذ جلودها .

وقد يقال : السباع لَمَّا لم تؤكل ، إما على طريق المنع أو الكراهة ، لم يكن المقصود فيها إلا الجلد ، فيحتاط له بخلاف هنا ، فإن اللحم مقصود أيضا ، فلذلك قد لا يحاول على الجلد ، وذلك سبب إلى قطعه في مواضع .

قوله : (**وَالنَّسَّاجَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّوْبِ**) علله في«المدونة» بالجهالة .

قال : لأنه لا يدري كيف يخرج ، ولأنَّ ما لا يجوز بيعه ، لا يجوز أن يستأجر به .

قال فيها : ولو قلت له : انسج لي هذا الغزل بغزل آخر ، عجلته له جاز ، ولإجارة الإجارة بجزء من الغزل قال المصنف : (**مِنَ الثَّوْبِ**) ليخرج هذه الصورة .

---

(١) « المدونة » (١١/٤٦٧) .

ابن حبيب : ويجوز إذا أعطاه الغزل على جزء ولم يبين هل هو من الثوب أو من الغزل؟

خليل : وأصل ابن القاسم هنا المنع .

فرع :

فإذا وقعت المسألة على ما قاله المصنف ، أصبغ : فله أجر مثله والثوب والجلد لربها .

ابن عبد السلام : يريد أصبغ ، أنه لم يحصل النصف الآخر وعليه أجرة المثل في دباغة الجميع ، أما لو دفع إليه نصف الجلود قبل الدبغ على أن يدفعها مجتمعة ، فأفاتها بالدباغ، فله نصفها بقيمتها يوم قبضها ، وله أجر عمله في نصفها للتحجير في نصف الدابغ ، وهذا أبين .

وأشار بعضهم إلى أنه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الأخير إذا شرع في دباغها ، ويختلف في فواتها بالشروع أيضاً ، لأن قبضه لها ليس قبْضاً حقيقيا، لكونه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه .

قوله : (**وَالطَّحَّانَ بِالنُّخَالَةِ**) أي : للجهالة بقدرها .

خليل : وعلى هذا ، فلا يجوز ما يفعل عندنا بمصر في طحن العامة ، لأنهم يعطون للطحان أجرة معلومة والنخالة وهي مجهولة ، وانظر لو آجره بصاع من النخالة ، هل يجوز ؟ لأن النخالة لا تختلف أو يختلف فيها كما في صاع دقيق .

ابن عبد السلام : والنفس أميل إليه لأن من الطحن ما تخرج نخالته كثيرة الأجزاء ، ومنه ما لا تخرج كذلك ، وإلى مسألة صاع من دقيق أشار بقوله :

وَفِي صَاعِ دَقِيقٍ قَوْلانِ

من الجواز مذهب «المدونة»[1] ففيها : ولا بأس أن يؤاجره على طحن إردب قمح بدرهم وبقفيز من دقيقه ، إذ ما جاز بيعه جازت الإجارة فيه ، وإن واجرته بطحنه لك بدرهم وبقسط من زيت زيتون قبل أن يطحن جاز ذلك .

والمنع لابن القاسم في «الواضحة» وابن المواز .

اللخمي : ولا وجه له ، وصوب غيره أيضاً الجواز ، فكأنهم لم يرتضوا بتفرقة ابن المواز

---

(١) « المدونة » (١١/٤٦٨) .

بين البيع والإجارة ، أنه إنما جاز في البيع ، لأن المبيع إذا هلك رجع المبتاع بثمنه ، وفي الإجارة إذا طحن وهلك ذهب عمله باطلا؛ لأنه ليس بمضمون على ربِّه ولو ضمنه كان فاسداً ؛ أي : لأنه كمن اشترى معينا ، وشرط على البائع ضمانه .

وأجاب ابن حبيب عن هذا بأنه إذا ضاع بعد الطحن رجع بقيمة طحنه كما يرجع من اشترى ثوباً بعبد فاستحق الثوب من يده فإنه يرجع في عبده إن كان قائماً ، فإن فات رجع بقيمته .

بعض القرويين : وهذا إذا كان غير صانع ، وأما إن كان صانعاً وثبت ضياع الدقيق بعد طحنه ، فلا أجرة له على مذهب «المدونة» ، لأنه لم يوف الصنعة إلى يد ربه .

وعلى ما في «الموازية» أن ضمان الصنعة إذا ثبت ضياع الدقيق من صاحبه ، ينظر قيمة القفيز الذي شرطه الصانع لنفسه ، فإن كان درهما ، وقد طحنه بقفيز ودرهم ، رجع بنصف إجارة مثله .

وقال اللخمي : إن ضاع القمح ، يعني : وفرعنا على المشهور وكان ذلك قبل الطحن وكان الدرهم مساويا لقيمة صاع الدقيق أو أكثر انفسخت الإجارة فيما ينوب الصاع ، لأنه عرض بعرض ولم ينفسخ فيما ينوب الدرهم وعلى ربِّ القمح أن يأتي بمثل ذلك ويطحنه له وإن لم يعلم الضياع إلا من الأجير ، فرأى ابن القاسم مرة أنه غيبه فلزمه أن يغرمه ويطحن جميعه ويأخذ الصَّاع منه ومرة لم يبلغ أنه غيبه حقيقة فيحلف على ضياعه ويغرمه ولا يطحن إلا ما قابل الدرهم ، قال : وإن طحنه ثم ادعى ضياعه ، لم يصدق ، وغرمه مطحوناً ، واستوفى منه الصاع واختلف إن شهدت البينة على ضياعه .

فقال ابن القاسم : لا ضمان عليه ولا أجر .

فعلى هذا يأتي ربه بطعام ويطحن الأجير ما ينوب الدرهم بمنزلة ما لم يطحن وقيل له الأجرة ، فيأخذ الدرهم ، وإجارة المثل فيما ينوب الصاع .

ابن حبيب : ولا يجوز اطحنه على أنَّ لك نصفه دقيقاً ، لأنه جعل بغرر والأول إجارة بشيء معلوم .

وَلَوْ أَرْضَعَتْهُ بِجُزْءٍ مِنَ الرَّضِيعِ الرَّقِيقِ بَعْدَ الْفِطَامِ لَمْ يَجُزْ

أي : ولو أرضعت الرقيق ، فحذف المفعول لدلالة ما بعده (بِجُزْءٍ) أي : بنصف أو ثلث أو غير ذلك لم يجز لأنه معين يتأخر قبضه .

ومفهوم قوله : **(بَعْـدَ الْفِطَامِ)** أنه لو كان على أن يأخذ النصف الآن لجاز ، وهو ظاهر من جهة المعنى لانتفاء ما فرض مانعاً .

لكن ظاهر «المدونة»(١) خلافه ففيها : ومن واجرته على تعليم عبدك الكتابة والقرآن سَنَة وله نصفه لم يجز ، إذ لا يقدر على قبض [ماله فيه](٢) قبل السنة .

وصرح الشيخ أبو محمد بذلك ، فقـال: ولو قبض المعلم نصفه الآن ، لم يجز ، قال : فإن وقع وشرط قبض نصفه بعد السنة فـسخ ، فإن فات وعلمه سنة ولم يفت العبد فله قيمة تعليمه والعـبد لسيده ، فإن فات بعد السنة بيد المعلم ، فالعبـد بينهما وعلى ربه قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه ويكون بينهما .

وَتَعْلِيمُهُ بِعَمَلِهِ سَنَةً مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ جَازَ

مثله في «المدونة» ، ففـيها (٣): وإن دفعت غلاماً إلى خياط أو قـصَّارٍ أو غيره ليعلمه ذلك العمل بعمل الغلام سنة جاز .

يحيى بن عمر : والسنة محسوبة من يوم أخذه .

وهذا معنى قوله : **(أَخْذِهِ)** وقال غيره في «المدونة»(٤) : يجوز بأجر معلوم .

وَاحْصُدْ زَرْعِي وَلَكَ نِصْفُهُ يَجُوزُ

(احْصُدْ) بكسر الصاد وضمها .

قال في «المدونة»(٥): ومن قال لرجل : احصد زرعي ولك نصفه ، أو جذ نخلتي ولك نصفها ، جاز وليس له تركه ؛ لأنها إجارة ، وكذلك لقط الزيتون ، وهو كبيع نصفه .

زاد بعض المختصرين : وقال غيره : لا يجـوز ؛ والأقرب الجواز ، لا سيما إن قلنا إنه ملك نصفه قبل العمل .

عياض : وهو الذي يأتي على أصولهم أنه يجب بالعقد .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٢٢) .

(٢) في ط : باقيه .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٢٢) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٢٢) .

(٥) « المدونة » (١١/ ٤٥٩) .

ابن حبيب : والعمل في تهذيبه بينهما .

ابن يونس : ولو شرط في الزرع قسمه حبا، لم يجز ، وإن كان إنما يجب له بالحصاد، فجائز وكذلك في «كتاب ابن سحنون»، ولا تجوز قسمته قتَّة لأنه خطر ويدخله التفاضل وما ذكره عبد الحق من منع قسمته غرماً أصل مختلف فيه في الربويات وغيرها واعترض منع اشتراط قسمته حبّا، لأنه شرط يوافق مقتضى العقد ، لأن الأجير لا يستحقه إلا بعد عمله، وحينئذ لا يتمكن من أخذ نصيبه إلا مجزّفاً .

وأجيب بمنع أنه لا يملكه إلا بعد الحصاد فقد قال ابن القاسم : إذا تلف قبل أن يحصده أو بعد أن حصد بعضه ، هو بينهما ، وعليه أن يستعمله في مثله ، أو مثل ما بقي .

وقال سحنون : عليه مثل نصف قيمة الزرع ، وليس أن يحصدَ مثله .

اللخمي : يريد إذا كان تلفه قبل الحصاد ولا يتعذر الخلف وقيد قول سحنون بما إذا تعذر الخلف ، وعلله يحيى بن عمر بأن الزرع يختلف وظاهره خلاف ، وعلى ما تأوله اللخمي عليه ، فقد اتفق القولان على أن ملك نصيبه في الزرع قبل العمل ؛ لأنَّ سحنوناً إنَّما أوجب له القيمة لتعذر الخلف .

وَمَا حَصَدْتَ فَلَكَ نِصفُهُ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَجُوزُ وَهِيَ جِعَالَةٌ وَلَهُ التَّرْكُ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : لا يَجُوزُ ...

هكذا في «المدونة»[1] سواء ، والقولان لمالك في «الموازية» ؛ لأنَّ محمداً قال : اختلف قول مالك في قوله : فما لقطت من شيء فلك نصفه وثلثه ، وقال مرة : لا خير فيه وكما لا يجوز بيعه ، لا تجوز الإجارة به .

وقال أيضاً : لا بأس به لأنَّه من الجعل لا من الإجارة بمنزلة من قال لرجل : لي على فلان مائة دينار ، فما أقضيت من شيء فلك نصفه ، فإذا علم كم الدين وكم الزرع لم يكن له بأس ومتى شاء أن يترك ترك ، لأنه جعل ، وإن لم يعلم كم الدين أو الزرع ، لم يكن فيه حرج .

وعلى هذا الخلاف إنَّما هو في تحقيق المسألة ، هل هي من باب الجعل ، أو الإجارة ؟ فمن ردّها إلى الجعل أجاز ومن ردَّها إلى الإجارة منع والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (١١/٤٥٩) .

وَاحْصُدِ الْيَوْمَ وَلَكَ نِصْفُهُ لَمْ يَجُزْ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ إِنْ فُهِمَتِ الْجَعَالَةُ

اعلم أنه إذا قـال له : احصـد اليوم ولك نـصفـه ؛ إن فهـمت الإجارة واللزوم امـتنع باتفاق؛ نقله ابن عبد السلام وغيره وإنما الخلاف إذا قال على أن يترك متى شاء .

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأن قوله : **(وَقِيلَ)** يقتضي أن القول الثاني شاذ ، وليس كذلك ، بل هو مذهب «المدونة» ، ففيها[1] : وإن قال له : احصد اليوم أو التقط فما اجتمع فلك نصفه ؛ فلا خير فيه ، إذ لا يجوز بيع ما يحصد اليوم ، إلا أن يشترط أن يترك ما شاء فيجوز وعلى هذا ففي قول المصنف : **(إِنْ فُهِمَت)** نظر ؛ لأنَّ الفهم أعمُّ من التصريح والخـلاف إنما هو إذا صرح بترك العمل مـتى شاء ففي «المدونة» الجواز كـما رأيته ونص في «العتبية» على المنع ولو منع التصريح بالتَّركِ متَى شَاءَ وما في «المدونة» صواب .

فإن قيل : كيف هو أصوب مع أن الجعل لا يجوز فيه ضرب الأجل ؟

قـيل : لما صرح بالترك متى شاء ، لم يبق أجل البتة وشبـهه في «العتبية» بالتقاضي : تُقاضي مالي شهراً ولك نصفه ، أو ما تقاضيت فلك بحسابه ومتى شئت أن تخرج فهذا لا يجوز إذا لم يتم الشهر ، ولو تقاضيا شيئاً ذهب عناؤه باطلاً .

وفرَّق ابن يونس بأن الإسقاط بيد لا مانع له منه والدين قد يلدد فيه الغريم حتى يذهب الأجل ولم يتناقض شيئاً وحمل ابن عبد السلام كلام المصنف على أنه تكلم على مسألتين:

الأولـى : انتهت عـند قوله : **(لَمْ يَجُـزْ)** أي : باتفاق ، وقيل : يجـوز ؛ إن فهمت الجعالة وفهم من قوله : **(وَقِيلَ : يَجُوزُ إِنْ فُهِمَت)** قولاً آخر بالمنع وفيه تعسف .

وَانْفُضْ زَيْتُونِي فَمَا سَقَطَ فَلَكَ نِصْفُهُ لَمْ يَجُزْ

قـال في «المدونة»[2] : وإن قال له : انفض شجري ، أو حركهـا فما نفضت أو سقط فلك نصفه ، لم يجز لأنه مجهول ، لأنه لا يدري ما يسقط .

ابن يونس : ولو قال : انفضه كله ولك نصفه ، جاز .

خـليـل : ولو قال : الْقُطْ ، فما التقطْتَ من شيء فلك نصفـه ، فإنه جائز ووجهه ما تقدم إذا قال : فما حصدت من شيء فلك نصفه على مذهب ابن القاسم ، انتهى .

---

(١) « المدونة » (١١/ ٤٦٠) .

(٢) « المدونة » (١١/ ٥٣٣) .

واتفق على الجـواز في اللقط وعلى المنع في التحـريك واختلف في النفض وجـعله ابن القاسم كالتَّحريك وجعله ابن حبيب كاللقط .

ابن القـصار : معناه النفض باليد وأما النفض بالقضيب فـهو كالحصاد وهو بعيد ، لأن النفض باليد غير معتاد .

وَاعْصِرْ زَيْتُونِي فَمَا خَرَجَ فَلَكَ نِصْفُهُ لَمْ يَجزْ

وهكذا قال في «المدونة»(١): لو قال اعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه .

ونص ابن حبـيب على الجواز إذا قال : اعـصر زيتوني ، واحـصد زرعي واطحن هذا الحب ولك نصفه ، قال : وهو محمول على أنه ملك نصف الأرض حتى يصرح بخلافه .

ابن عبـد السلام : وهذا على النظر في العقد إذا احتمل الصحة والفساد على ما تقدم ، وتقدم أن أصل ابن القاسم المنع فلا يبعد أن يمنع ما أجاز ابن حبيب هنا .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَلَـوْ قَالَ : احْصُدْهُ وَادْرُسْهُ وَلَكَ نِصْـفُهُ لَمْ يَجُزْ ، كَمَـا لَوْ بَاعَهُ زَرْعاً يَابِساً عَلَى أَنْ يَحْصُدَهُ وَيَدْرُسَهُ ؛ لأَنَّهُ بَيْعُ حَبٍّ جُزَافاً لَمْ يُعَايَنْ ، بَعْدَ الْفِطَامِ ...

لما تكلم على الحصاد تكلم على ما انضم إليه عمل آخر وهو الدراس .

فقـال ابن القاسم في «المدونة»(٢) : لا يجوز ذلك ، لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب ، لأنه لا يدري كـيف يخرج كـما لو باعـه حبّـا جزافا وقـد يبس على أنَّ حـصاده ودراسه وتذريته عليه ، فإنه لم يجز ، لأنه اشترى حبا لم يعاين تصبيره .

نقله ابن يونس في سـمـاع أشهب عن مـالك في من طاب زرعـه وحل بيعـه ، فقـال لرجل: احصده وادرسه على النصف لا بأس وإليه أشار بقوله : **(وَقِيلَ : يَجُوزُ)** .

وهو كما ذهب إليـه ابن حبيب ، أن ذلك محـمول على أن له النصف الآن ، على أن يحصد النصف الآخر ويدرسه لربه .

وحمله اللخـمي على أنه اختـلاف سؤال ، لأن لفظ «المدونة»(٣) : ولك نصف مـا

---

(١) « المدونة » (١١/ ٤٦٠) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٦) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٦) .

يخرج؛ فمـقتضاه أن حصاد الجـميع ودراسه على ملك صاحبـه ويكون له نصف ما يخرج وذلك مجهول .

والذي في «العـتبـية»(١) إنما هو إذا قـال: على النصف ، ولم يقل نصف ما يـخرج ، فكان له النصف على هيئته وهو شريك ، وعلى هذا فنقل المصنف القول الثاني ليس بظاهر لأنه لم يذكر لفظه فيوهم أنه لفظ «المدونة» .

خليل : لكن الظاهر هنا الحمل على الخلاف ، لأن قوله : **(ولَكَ النِّصْفُ)** محتمل للنصف من الآن ومحتمل لما يخرج وقاعدة ابن القاسم أن ذلك فاسد وحينئذٍ فلا فرق بين: فلك نصف ما يخرج وبين : **(ولَكَ النِّصْفُ)** والله أعلم .

فإن قيل : لم نسب هذه المسألة لابن القاسم دون المسـائل التي قبلها ، مع أن الكل في «المدونة» ؟

قـيل : أجاب عن ذلك ابن عبـد السلام قال: لعله لابن القاسم قاس مـسألة البيع مع إمكان بينهما بأن مـتولي العمل في الإجارة هو المشتـري فكأنه ملكه من الآن بخلاف البيع فإن متـولي العمل هو البائع فكأن للمشتـري ما ملك إلا ما يخرج وهو جزاف غـير مرئي فلهذا تبرأ المصنف من عهدته بنسبته إلى ابن القاسم .

ورد بأن المعروف من عادته فيما يتبرأ منه ، هو ما كان منسوباً إليهم ويعبر عنه بـ «قالوا» لا إلى واحد ، والظاهر أنه نسبه إليه لوقوع الخلاف فـيه فأراد أن يرجح القول الأول بنسبته له .

ابن القـاسم : ولو قال ذو شجرتين فقد طابت لرجل : احرصها واجنها ولك نصفها ، لا بأس بذلك ؛ لأنه لا بأس أن يكره نفسه بما يحل بيعه .

وَاعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ فَلَكَ نِصْفُ ثَمَنِهِ أَوْ أُجْرَتِهِ : لا تَجُوزُ بِخِلافِ الْحَطَبِ أَوِ الْمَاءِ...

يـعـنـي : أن من دفع دابته لرجل على أن لقـابضها نصف ثمن ما يحـتطب عليها ، أو نصف أجرة مـا يحمل عليهـا لغيره ، فإن ذلك لا يجـوز لجهالة الأجـرة ، بخلاف نصف الحطب والماء ؛ أي : نصف كل نقلة ، لأنه معلوم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٤٨٨) .

محمد : وكذلك لي نقلة ولك نقلة ، فإنه جائز .

فَإِنْ نَزَلَ فَاسِداً فَثَالِثُهَا : أَنَّ مَنْ قَالَ : وَلَكَ النِّصْفُ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ

ذكر للمسألتين وجهين الصحة والفساد ، بين حكم الفاسدة وذكر فيها ثلاثة أقوال :

الأول : أن الكسب للعامل وعليه أجرة المثل ، سواء قال: هو لك النصف ، أو قاله صاحبها وسواء قال : اعمل لي أو لم يقل .

الثاني : أن الإجارة في ذلك للعامل وعليه كراء الدابة .

الثالث : الفرق إن قال ربها : اعمل ولك النصف فالكسب كله لربها وعليه كراء العامل وإن قال العامل: أعطني دابتك أعمل عليها ولك النصف ، فله الكسب كله وعليه أجرة المثل في الدابة .

والأول هو مذهب «المدونة»(١) ففيها : وإن أعطيت الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها على أن ما أصابت بينكما لم يجز ؛ فإن عمل عليها فالكسب للعامل ، وعليه كراء المثل هنا ما بلغ وكأنه اكترى ذلك كراءً فاسداً .

اللخمي : واختلف إذا قال : اعمل عليها ، فقال ابن القاسم في رواية الدباغ : ما كسب عليها للعامل وعليه إجارتها كالأول ، وقال ابن الجلاب(٢) : ما كسب عليها لصاحبها، لقوله : اعمل لي ، وللعامل إجارة المثل .

والقول الثاني في كلام المصنف أن الكسب كله لربها مطلقا عزيز الوجود .

والذي في «الجلاب» إنما هو مقيد بما إذا قال : اعمل لي ؛ لكن نقل ابن شعبان ما ظاهره موافق لإطلاق المصنف ، فقال : ولا يدفع الكلب على نصف صيده أو غير ذلك من الأجزاء فمن فعل فالكسب للعامل ، ولربه أجر مثله ، وفيه خلاف وأطلق ولم أرَ الثالث .

فرع : وأما لو دفع إليه دابة ليكريها للغير ليعمل عليها ، ففي «المدونة»(٣) : وإن دفعت إليه دابة أو إبلا أو سفينة أو حماماً على أن يكري ذلك وله نصف الكراء ، لم يجز،

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١١٩) .

(٢) « التفريع » (٢/ ٣٤٧) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١١٩) .

وإن نزل كان لك جميع الكراء وله أجر مثله كمـا لو قلت له: بع سلعتي هذه ، فما بعتها به فهو بيني وبينك أو قلت له : فما زاد على مـائة فهو بيننا ، فذلك لا يجوز والثمن لك وله أجر مثله.

وفرق في «المدونة» بينه وبين الفرع السابق ، بأنه فـي الأول أكرى ذلك كراء فاسداً وفي هذه آجر نفسه .

وسوَّى ابن القاسم في هذا بين الدور والدواب والسفن .

وفي «الواضحة» أن الدور والأرحـية والحوانيت إذا قال: قم لي عليهـا بنصف غلتها ، فالخراج لربها ولهذا إجارة مثله وأما الدواب وآلة السفن فالكسب للعامل وعليه أجرة ذلك، لأن المستأجر في الدور وشبهها لرجل ، وفي الدواب والسفن هي المستأجرة .

وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالإِجَارَةِ جَازَ

كما لو باع له ثوباً بدرهم وينسج له ثوباً آخر ونحو ذلك .

وحكى **عبد الوهاب**(١) قولاً بالمنع ، ووجه الأول أنها بياعات كلها ، فأشبه ما لو كانا بيعتين أو إجارتين ووجه المنع أن كثيراً من الإجارة لا تنفك من الغرر ، فكان عقد رخصة، فلا ينضم مع غـيره كالقراض ولاخـتلاف ضمانـها فإن ضمـان المبيع من المشتري وضـمان المستـأجر من ربه ، فكمـا لو جمع في عـقدين بين بيع وخـيار والمشهـور من المذهب منع ذلك.

ابن عـبد السـلام : وهذا إذا كانت الإجارة في غير المبيع كـما مثلنا فإن كانت في نفس المبيع ، كما لو باع له جلوده على أن يـخرزه البائع نعالا للمشتري ففي ذلك قـول مشهور بالمنع ، وكأنه يرى أن المبيع هو ما تخرجه الصنعة وذلك غير مرئي .

خليل : هو قول سحنون ؛ قال في «النوادر»: وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب .

وَفِي الْجُعْلِ مَعَ أَحَدِهِمَا قَوْلاَنِ

أي : مع البيع والإجـارة ، والمشهور : المنع للتاجـر ؛ لأن البيع لا يجوز فيـه الغرر ، بخلاف الجعل ، والبـيع يلزم بالعقد بخلاف الجعل ويجوز الأجل في البـيع بخلاف الجعل وذكر اللخمي في المسألة خلافاً ، وخرج أيضـاً بعضهم قولاً بالجواز من قول سحنون الذي

---

(١) « المعونة » (٢/ ١٠٠) .

يجيز البيع ورد بأن المغارسة تلزم بالعقد بخلاف الجعل وإذا امتنع ضم الجعل إلى أحدهما فأحرى إلى مجموعهما ، وصرح ابن عبد السلام بأن القول في ضم الجعل إلى مجموع البيع والإجارة .

فَلَوْ بَاعَهُ نِصْفَ سِلْعَةٍ عَلَى أَنْ يَبِيعَ لَهُ نِصْفَهَا أَوْ بِأَنْ يَبِيعَ لَهُ نِصْفَهَا - فَثَالِثُهَا : إِنْ عَيَّنَ أَجَلاً جَازَ ، وَرَابِعُهَا : عَكْسُهُ ، وَعَلَى الصِّحَّةِ فِي التَّعْيِينِ لَوْ بَقِيَ بَعْضُ الأَجَلِ حُوسِبَ وَلَوِ انْقَضَى وَلَمْ يَبِعِ اسْتَحَقَّهُ ...

ذكر هذه المسألة عقب المسألة السابقة ، لأنها من اجتماع الجعل والإجارة مع البيع .

فإن قلت : فما الفرق بين قوله : (**عَلَى أَنْ يَبِيعَ**) وبين قوله : (**بِأَنْ يَبِيعَ**) قيل : بيع النصف في الثاني مجموع الثمن بخلاف الأول ، فإن بيع النصف بعض الثمن كما لو قال له : أبيعك النصف بدينار على أن تبيع النصف الآخر ، وذكر أربعة أقوال :

الأول : الجواز ، وهو ظاهر «الموطأ» قال في «بع نصف ثوب» على أن يبيع له النصف الآخر : هذا جائز .

ابن لبابة : يريد ضرب أجلا أم لا في بلده أم غير بلده وله من الأجل قدر ما يباع إليه .

الثاني : المنع وهو لمالك في «المدونة»(١) ، ففيها : روي عن مالك إن باعه نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر فلا خير فيه .

وفي اختصار ابن يونس لم يجز وقال : يريد وإن كان بالبلد ، قيل لمالك : فإن ضرب للبيع أجلاً ، قال : ذلك أحزم ؛ وبه أخذ ابن المواز .

والقول الثالث : إن عين أجلا جاز ، وإلا فلا ؛ لأن مع ضرب الأجل تبقى إجارة ، وهي جائزة الاجتماع مع البيع ومع عدم ضربه فهو جعل ، ولا يجوز اجتماعه مع البيع وهذا القول مذهب «المدونة» ، وأطلق المصنف فيها وقيده في «المدونة» بأن يكون البيع في البلد نفسها ، وأما إن كان في بلد آخر فلا يجوز .

أبو إسحاق : لأنه اشترى شيئاً بعينه لا يقبضه إلا إلى أجل بعيد وهو بلوغه البلد .

والقول الرابع عكس الثالث .

---

(١) « المدونة » (٣٩٦/١٤) .

ابن عبـد السلام : وهو بعيد جدا، ويقرب منه ما في «مختصر ما ليس في المختصر» : إن ضربا أجلا فمكروه ، وإن لم يضرباه فلا بأس به .

قـوله : **(وَعَلَى الصِّحَّةِ فِي التَّعْيِينِ)** أي : في ضرب الأجل وتعيـينه وقال: «وعلى الصحة في التعيين» ولم يقل وعلى الثالث ليـشمل القول الأول أيضاً ، فإنه أجاز في الأول مطلقاً سواء ضربا أجلا أم لا وهكذا في «المدونة» ، ففيها[1] : وإن ضربا للبـيع أجلا فإنه يجوز ، وإن باع ذلك في نصف الأجل فله نصف الإجارة وإن مضى الأجل ولم يقدر على بيع ذلك فله الأجرة كاملة .

ابن القاسم في الموازية : وإن باعه نصف ثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الآخر في شهر ، فباعـه في نصف شهر نظر كم قيمة بيعه في شهـر ، فيقال : درهمان ، فكأنه باع بعشـرة وبدرهمين وهو سدس الثمن فـوقع الإجارة بسـدس الصفقة ، فـلما باع في نصف الأجل انفسخ فـي نصف الإجارة وانفسخ بذلك نـصف سدس الصفـقة ، فيـرجع بنصف سدسها وهو ربع السدس قيمة الثوب كله ، يرجع كله ثمناً ، أي لضرر الشركة على أصل ابن القاسم .

وقال يحيى بن عمر : إن كانت السلعة قائمة كان فيها شريكا ولم يراع ضرر الشركة .

ابن عبـد السلام : فإما أن يكون ذلك على أصل أشهب في هذا الباب ، وإما أن يوافق ابن القاسم في الأصل وخالفه في هذا الفرع ، لأن المبتاع دخل أولا على الشركة ولم يعتبر زيادتها ، واعتبرها ابن القاسم .

فَإِنْ كَانَ طَعَاماً لَمْ يَجُزْ إِلا بِالتَّأْجِيلِ

يـريـد : وفي معنى الطعـام : كل مكيل وكل موزون مما لا يعـرف صرح به ابن يونس وغيره ولعله خصص الطعام تبعا «للمدونة» .

ومن أبقى الرواية على ظاهرها ، وقـصر الحكم علـى الطعام ، فقـد أبعد وفي المسألة ثلاثة أقوال ؛ أولها : التفصيل بين ما يعرف بعينه وما لا يعرف بعينه وهو مذهب «المدونة» كما ذكر المصنف .

والثـاني في «الموازية» : الجواز مطلقاً ؛ لأنهما دخلا على التمام وعدم النقص فما طرأ بعد ذلك فهو كالاستحقاق .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١١٦) .

وثالثها اختيار ابن المواز : المنع مطلقاً وهو الظاهر ؛ لأنه قد ينتفع في بعض الأجل فيسترجع البائع مناب بقية الأجل ، وذلك مؤدي إلى : تارة بيعاً وتارة سلفاً ؛ لأنه لا يدري بماذا يرجع ، هل بجزء من الثوب أو القيمة .

وَلا يَجُوزُ كِرَاءُ الأَرْضِ بِشَيْءٍ مِنَ الطَّعَامِ كَانَ مِمَّا تُنْبِتُهُ الأَرْضُ أَوْ مِمَّا لا تُنْبِتُهُ وَلا بِبَعضِ مَا تُنْبِتُهُ مِنْ غَيْرِ الطَّعَامِ كَالْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ وَالزَّعْفَرَانِ ، وَيَجُوزُ بِالْخَشَبِ وَالْقَصَبِ وَرَوَى يَحْيَى بنُ يَحْيَى : لا تُكْرَى بِشَيْءٍ إِنْ أُعِيدَ فِيهَا نَبَتَ وَتُكْرَى بِمَا سِوَاهُ ، وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ: تُكْرَى بِكُلِّ شَيْءٍ إِذَا لَمْ يُزْرَعْ فِيهَا إِلا الْحِنْطَةَ وَأَخَوَاتِهَا ، وَقِيلَ : يَجُوزُ أَنْ تُكْرَى بِكُلِّ شَيْءٍ ...

الأصل في هذا ما في «الموطأ»[١]، أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة .

المزابنة : شراء التمر بالرطب ؛ **والمحاقلة** : شراء الزرع بالحنطة ، وكراء الأرض بالحنطة.

وذكر هذا في الحديث في «المدونة» وزاد فقال في حديث آخر: أنه **عليه السلام نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها**[٢] وهو المخابرة التي نهى عنها في حديث آخر .

وذكر المصنف في كرائها أربعة أقوال : المشهور وهو مذهب «المدونة» أنه لا يجوز كراؤها بشيء من الطعام كان مما تنبته كالفول والحمص أم لا كالعسل والسمن ولا يجوز أيضا كراؤها بما تنبته طعاماً أو غيره كالقطن ويجوز بالقصب : وهو بفتح الصاد المهملة .

وهكذا قال ابن شاس[٣] وصاحب «التلقين»[٤] وأما الخشب فذكره في «المدونة» وزاد العود والحطب والجذوع قيل لسحنون في كتاب ابنه : ولم جاز كراؤها بهذه الأشياء وهي كلها مما تنبته الأرض ؟

فقال : هذه الأشياء يطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها .

ابن عبد السلام : وقد علم أن القصب دون هذه في البعد ، وقال بعضهم رعياً للمعنى الذي أشار إليه سحنون : يجوز كراؤها شهرين بشيء لا يمكن أن ينبته إلا في السنة وهو غير طعام ، كجواز كرائها بالشجر .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٥) ، ومسلم ١٥٤٧) من حديث رافع بن خديج - رضي الله عنه .

(٣) « الجواهر » (٣/٥٨) .

(٤) « التلقين » (٢/١٠٤) .

وعلل ابن الماجشون ذلك فقال : لأن الخشب ليس بزرع ونقضه الباجي بالقطن والكتان.

وحكى ابن أبي زمنين عن ابن الماجشون جواز كرائها بالقطن والزعفران في أرض لا تنبت القطن ولا الزعفران والذي حكى ابن حبيب عن جماعة سواه مثل القول الأول .

وفي «الموازية» جواز كرائها بالخضر ، لكن تأوله الشيخ أبو محمد على أنه يريد الكلأ لأنه لا يزرع ولا بأس بكرائها بالماء .

وقوله : **(سِوَاهُ)** يريد : بكل ما لو أعيد فيها لم ينبت طعاما أو غيره وقال بهذه الرواية يحيى وابن كنانة وابن مزين وقول ابن نافع هو القول الثالث .

ابن عبد السلام : ومنهم من لا يذكر فيه في الاستثناء إلا الحنطة ويسكت عما عداها ومنهم من يقول مثل قول المصنف : **(إلا الْحِنْطَةَ وَأَخَوَاتِهَا)** ومنهم من يقول : إلا الحنطة والشعير والسلت ؛ فعلى هذا ينبغي أن يقال : إلا الحنطة وأختها .

خليل : وعلى هذا ، فأخواتها من إطلاق الجمع على المثنى ويحتمل أن يضم إليها العلس على القول بضمه فيكون الجمع على بابه والقول بجواز كرائها بكل شيء حتى الحنطة لابن شعبان والأصيلي وغيرهما .

تنبيه :

شدد سحنون في كرائها بما يخرج منها فقال : من فعل ذلك فهو جرحة في شهادته .

وتأوله محمد على من كان مذهبه المنع أو مقلدا لمن مذهبه المنع .

سحنون : ولا يؤكل طعامه ولا يشترى منه من ذلك الطعام الذي أخذه في كرائها .

وتأوله ابن رشد[1] على أن ذلك من الورع وإذا نزل فإنما لربها كراؤها بالدراهم .

وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره الذي يجري به أكريتهم ثمناً أصاب قليلاً أو كثيراً ولم يعتبر ما قيمة كرائها يوم العقد لأنه لا كراء لها على المكري في الأرض إذا لم يصب فيها شيئاً أصلاً من قضاة أصحابنا حكموا أن ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء من ثلث أو ربع ، فيعطى قيمة ذلك الجزء دراهم قالوا : لأنه لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء ذلك بالعين ، فلذلك يعطى قيمة ذلك الجزء الذي يجري فيه أكريتهم .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥٠١) .

الثَّالِثُ : الْمَنْفَعَةُ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ - غَيْرُ مُتَضَمِّنَةٍ اسْتِيفَاءَ عَيْنٍ قَصْداً - مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهَا - غَيْرُ حَرَامٍ وَلا وَاجِبَةٍ - مَعْلُومَةٌ ...

الركن الثالث : المنفعة : وهي عوض الأجرة وذكر المصنف أنه يشترط فيها خمسة قيود وسيتكلم على كل واحد منها .

واحترز بقوله : **(قَصْداً)** من إجارة الثياب ونحوها ، فإن بعضها يذهب بالاستعمال ، لكن بحكم التبع ولم يقصد بخلاف استئجار الأشجار لثمرتها ونحوه .

ابن عبد السلام : بل جعل بعضهم ذهاب شيء من العين شرطاً في جواز الإجارة ورأى أن هذا سبب كراهة إجارة الحلي بالذهب والفضة لما يؤدي إلى بيعها بأحد النقدين غير ناجز .

وَفِي إِجَارَةِ الأَشْجَارِ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ : قَوْلانِ

هذه تتعلق بقوله : **(مُتَقَوِّمَةٌ)** والخلاف فيها خلاف في حال ، هل هذه متقومة أم لا ؟ والقولان ذكرهما ابن شاس[1] ولم يعزهما .

ابن عبد السلام : والأقرب الجواز ، لأن الانتفاع بالأشجار في هذا الوجه مما يتأثر الأشجار ، وبه تنقص منفعة كثيرة منها .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا تَصِحُّ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ لِلتَّزَيُّنِ وَمَا لا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ إِذَا لازَمَهَا الْمَالِكُ ...

يحتمل أن يعود إلى القيد الأول ويكون الخلاف خلافاً في حال : هل منفعة التزين متقومة أم لا ؟ ويحتمل أن يعود للثاني وهو قوله : **(غَيْرُ مُتَضَمِّنَةٍ اسْتِيفَاءَ عَيْنٍ)** لأن ذهاب عين الدنانير مقصوده والأول أولى ؛ لأن بعده ما لا يصح تعلقه بالقيد الثاني وهو الخلاف في إجارة المصحف ، ولأنها إذا لازمها لا تبقى هنا إذهاب عين أصلاً ، وأفرد المصنف الدنانير والدراهم وإن كانا داخلين فيما لا يعرف بعينه لانفرادهما غالباً بالتزين والقول الثاني للأبهري وغيره .

الباجي[2] :ولا يخالف ابن القاسم إذا لم يغب عليها وإن كان عبد الوهاب وجه

---

(١) « الجواهر » (٣/٥٨) .

(٢) « المنتقى » (٦/ ٩٥) .

القولين ، وكلام المصنف وابن شـاس يأتي على طريقة عبد الوهاب ، وأمـا طريقة الباجي فليست في المسألة إلا قول واحد .

ومنع ابن العطار إجارة قدور الفـخار وصحاف الحنتم بناء على عدم المعـرفة ووافقه ابن الفخار في القدور وخالفه في صحاف الحنتم وقال : إنها تعرف ولا معنى لمنع إجارتها .

وَفِي إِجَارَةِ الْمُصْحَفِ قَوْلانِ ، بِخِلافِ بَيْعِهِ

المشهور وهو مذهب «المدونة» : الجواز قياساً على بـيعه والشاذ لمحمد وابن حبيب ونقله عمن لقيه من أصحاب مالك .

ابن حبيب : والفرق بين البيع والإجارة أنه في البيع ثمن للزوم الخط ، وفي إجارته ثمن القرآن .

ورُدَّ بأنه إن كان مراده ثمن القـرآن ، أي ثمن القراءة فالقراءة فعل القـارئ ولا معاوضة وإن كان مراده القـرآن حقيقة فذلك أيـضاً غير مبيع ولا مـستأجر وإنما المبيع الورق بصـفته وذلك هو المستأجر وقوله : (**بِخِلافِ بَيْعِهِ**) أي : فإنه متفق على جوازه .

وَلا يَصِحُّ فِي الأَشْجَارِ لِثِمَارِهَا وَالشَّاةِ لِنِتَاجِهَا وَلَبَنِهَا وَصُوفِهَا

هذا متعلق بالقيد الثاني وهو قوله : (**غَيْرُ مُتَضَمِّنَةٍ اسْتِيفَاءَ... قَصْداً**) فلذلك لا يصح استئجـار الأشجار لاستيفـاء ثمارها لأن ذلك مؤد إلى بيع ثمرة قبل بدو صـلاحها وكذلك الشاة للنتاج والصوف .

وأما اللبن فقال ابن عبد السلام وغيره: والمذهب لا يمنع مطلقا خلاف ما ذكره المصنف، لأن غاية اسـتئجارها لذلك أن يؤدي إلى بـيع اللبن وقد أجازه في «المدونة» إذا كان جـزافاً بشرط أن تكون الغنـم كثيرة كـالعشرة ونـحوها ، وأن يكون في الإبان ، وأن يعرفـا وجه حلابها ، وأن يكون إلى أجل لا ينقضي اللبن قـبله ، وأن يشرع في أخذ ذلك يومه أو إلى أيام يسيرة وأن تسلم إلى ربها لا إلى غيـره وإن كان على الكيل أسقطت الشرط الأول فقط وذلك ؛ لأن الغالب وجود اللبن في بعضها أو كلها وعلى هذا فيحمل كلام المؤلف على ما إذا لم يكن في زمان الإبان كما في الثمرة والصوف .

وَاغْتُفِرَ ثَمَرَةُ مَا فِي الدَّارِ وَالأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ بِالتَّقْوِيمِ لا بِمَا اسْتَأْجَرَ...

لما تكلم على ما امتنع لأجل استيفاء العين قصداً أتبعه بما يجوز لأنه لدفع ضرر دخول المستأجر الدار لجَداد الثمرة وسقيها .

وقوله : **(مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ)** يقتضي جواز الثلث وهكذا بلغ ابن القاسم وأما في روايته عنه فلم يبلغ بها الثلث واقتصر المصنف على هذا الشرط كما في «المدونة»(١) .

وزاد اللخمي ثلاثة شروط وهو : أن يشترط جملتها وأن يكون طيبها قبل انقضاء أمد الكراء وأن يكون قصد باشترائها دفع المضرة في التصرف إليها .

وقوله : **(بِالتَّقْوِيمِ)** قال في «المدونة» بعد طرح قيمة المؤونة والعمل فيقوم كراء الدار والأرض بغير شرط فإن قيل : عشرة قيل : فما قيمة الثمرة فيما عرف مما يطعم كل عام بعد طرحه قيمة المؤونة ؟

فإن قيل : خمسة : جاز .

وقوله : **(لا بِمَا اسْتَأْجَرَ)** لأنه قد يستأجر بخلاف القيمة .

خليل : وهو شبيه على ما يفعلونه في هذا الزمان من القناطر ليوصلوا بذلك إلى بيع الثمرة قبل بدو الصلاح فيظهرون أن الأجر كثير ثم يبرئه بعد العقد وهي حيل لا تخفى على عالم الخفيات .

واستشكل اللخمي هذا التوقع بأنه أعلى من الصفة التي دخل عليها مشتريها قال : والصواب أن يقال : كم قيمتها ؟ على أن سقيها على مشتريها وعلى أن المصيبة إن كانت من المكتري وعلى إن جاءت على خلاف المعتاد لم يكن له مقال فقال ابن القاسم: لا يرى له مقال إن احتيجت فينبغي أن تقوم على ما اشتريت عليه فإن كان الكراء بالنقد قومت الثمرة بالنقد ، لأنه أبخس لقيمتها وإن كان على أنه يقبض مشاهرة قومت الثمرة على أن ما ينوبها مشاهرة وهذه المسألة في أول كتاب كراء الدور ولها فروع تركناها لعدم ذكر المصنف لها .

---

(١) « المدونة » (٣/ ٥١١) .

وَاسْتِئْجَارُ الْمُرْضِعِ وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ عَيْنا للضَّرُورَةِ

(اسْتِئْجَارُ) معطوف على ثمرة الدار .

قوله: **(وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ عَيْنا للضَّرُورَةِ)** أي: جائز، وهو ظاهر التصور كما قال المصنف.

قيل : ولأن اللبن غير مقصود ، لأنه تبع لقيامهـا بالصبي وتكلفها جميع مؤنته ، ولهذا أجازوا إجارتها بالطعام، وإن كان فيه طعـام بطعام غير ناجز لكن التعليل بالضرورة عام في جميع صور المسألة الأولى بخلاف الثانية؛ فإن الاستئجار قد يكون على الرضاع فقط.

وقوله : **(للضَّرُورَةِ)** تعليل لها والتي قبلها، واشترطوا في الأولى التبعية ولم يشترطوا في هذا ، لأن دليل الأولى من جهة القواعد دليل الثاني قوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ**﴾ إلى قوله : ﴿ **أُخْرَى** ﴾ [الطلاق: ٦] .

اللخـمي : ويشترط حضور الصبي ليُرَى سنه فإن كان غائبا لم يجز إلا أن يذكر سنه ، لأن الرضاعة تختلف ، فليس رضاع ابن شهـرين كرضاع ابن سنة وإن جربت رضاعه لأنه قال : هي الظئر تستأجر لرضاع صبيين فـمات أحدهما تنفسخ الإجارة لاختلاف الرضاع ، لأنها لو استأجرت نفسها لتجد أجر مكان الميت لم يدر هل رضاعه كالميت أم لا ؟ وظاهره التخريج وحكاه المتيطي عن سحنون صريحا.

وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَفْسَخَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِه

وإن فعلت ذلك بغير إذنه فـله أن يفسخه لما يلحقه في ذلك من الضرر بـتشاغلها عنه، وتغيير حالها ولاسيما إن كانت خدمته عليها .

وَفِي مَنْعِه مِنَ الْوَطْءِ قَوْلاَنِ ، فَإِنْ تَبَيَّنَ ضَرَرُ الصَّبِيِّ مُنِعَ

يعني : إذا أذن لها في الإجارة أو أجازها ، فهل يمنع من الوطء وهو مذهب «المدونة» أو يجوز له ؟ وهو قول أصبغ بشرط عدم مضـرة الصبي وألا يشترط عليه تركه ، أما إن تبين ضرره منع، واحتج أصبغ بـقوله عليه السَّلام : «**لقد همـمت أن أنهى الناس عن الغيلة..**» **الحديث**(١) .

وأجيب بأن ليس لكل مـباح يتناوله عقد الإجـارة، واختار ابن حبـيب واللخمي الأول وحمل ابن القاسم استـئذانه لأجل حقِّه في الإصابة، وجعل أصـبغ استئذانه لأن له المنع لما

(١) أخرجه مسلم (١٤٤٢) من حديث جدامة بنت وهب الأسدية - رضي الله عنها.

يلحقه من المعرة والمضرَّة، وأقاموا مما في «المدونة» أنَّه إذا خالعها على رضاع ولده أنها لا تتزوج، وأن له منعها من ذلك لأن اللبن مشترى فيهما .

فروع :

الأول : **ابن عبد الحكم** : وإن أراد الزوج السفر بها لم يكن له ذلك إن أجرت نفسها بإذنه ، وإن كان بغير إذنه فله ذلك وتنفسخ الإجارة .

الثاني : إذا حملت الظئر فخيف على الولد انفسخت الإجارة ولا يلزمه أن تأتي بغيرها يرضعه ، قاله في «المدونة»(١)، وهل يجوز أن تأتي بالغير إن نقد لها الأب الأجرة ؟ لم يجز، لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم وإلا جاز .

وإذا فسخناه لحمل الظئر فقال ابن عبد الحكم : لو كانت تكملة الأجرة لم تحبس فيها لأنه طوع .

الثالث : قال في «المدونة» (٢): ترضعه حيث اشترطوا فإن لم يشترطوا شيئاً فشأن الناس الرضاع عند الأبوين إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس أو يكون الأب وضيعاً لا يرضع مثلها عنده فذلك لها .

الرابع : قال في «المدونة»(٣): وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعا إلى الظئر جميع الأجرة .

الخامس : قال في «المدونة»(٤): وإذا مرضت مرضاً لا تقدر معه على رضاع فسخت الإجارة ، ولو صحت في بقية منها أجبرت على الرضاع في بقيتها ، ولها من الأجر بقدر ما أرضعت ، وليس عليها أن ترضع ما مرضت .

قال غيره : إلا أن يكون الكراء انفسخ بينهما فلا تعود .

واختلف : هل قول الغير وفاق أو خلاف ؟ والقولان منصوصان في غير «المدونة» وأما إن تزوجت وأقامت في بيت زوجها فللأب أن يفاسخها فإن فاسخها لمرض أو سجن يطول

---

(١) « المدونة » (١١/ ٤٦٣) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٢٩) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٠) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٠) .

ثم قامت أو خرجت بالقرب فاختلف في إمضاء الفسخ أو رده ، قيل : وتفسخ إجارة الظئر بأربعة شروط : بموتها ، ومرضها وحملها وموت الصبي .

قال في المعين : وكذلك إن سجنت في حق وخيف طول سجنها ، وإن مات زوجها باتت في بيتها فلأب الصبي أن يفاسخها .

السادس : قال في «المدونة»(١) : وإن واجرها على رضاع صبي لم يكن لها أن ترضع غيره معه .

وَلا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ أَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ وَمَاؤُهَا غَامِرٌ وَانْكِشَافُهُ نَادِرٌ

هذا شروع منه فيما يتعلق بالقيد الثالث وهو قوله : (**مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهَا**) .

(**وَمَاؤُهَا غَامِرٌ**) جملة حالية وكذلك قوله : (**وَانْكِشَافُهُ نَادِرٌ**) .

ومعنى (**غَامِرٌ**) كثير .

الجوهري : وقد غمره الماء يغمره إذا علاه .

ومذهب «المدونة» خلاف ما ذكره المصنف ففيها(٢) : وإن أكريت منه أرضك الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء وإلا فلا كراء بينكما ؛ جاز إذا لم ينقد ولم يفرق بين أن يكون انكشافه نادراً أم لا .

قال في «المدونة»(٣) : وقال غيره: إن خيف ألا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد .

ابن عبد السلام : هذا شاذ والأول هو مختار غير واحد .

ووقع في بعض النسخ عوض (**غَامِرٌ**) (**غَائِرٌ**) ولعله يوافق ما في «الموازية» فيمن اكترى أرضاً ولها بئر لا تكفي ، أنَّ الكراء فاسدٌ وإنْ لم ينقده ، لأنه خاطَر على أمر لا يدري أيتمُّ أم لا يتم .

ابن يونس : وظاهر «المدونة» كراهة النقد في ذلك خاصة والأشبه أن ذلك لا يجوز .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٠) .

(٢) « المدونة » (١١/ ٥٤٢) .

(٣) « المدونة » (١١/ ٥٤٢) .

وَأَمَّا أَرْضُ النِّيلِ وَالْمطَرُ الْغَالبُ عَـادَةً فَتَصِحُّ إِجارَتُهَا وَالنَّقْدُ فيـهَا ، وَقيلَ : لا يُنْقَدُ في أَرْضِ الْمطرِ ، وَقَـالَ ابن ُالقاسِمِ: لَوِ اسْتَوَى الاحْتِـمَالانِ في انْكِشَـافِ الْمَاءِ جَـازَ ، وَقَالَ غَيْرُهُ: لا يَجُوزُ..

الخلاف في جواز العقد لا في جواز النقد فقوله : **(جَازَ)** أي : العقد .

ابن راشد : والقول الثاني أظهر ، لأن هذه الأرض لا ينتفع بها والأصل فيها عدم الجواز حتى يغلب على الظن إمكان الانتفـاع بها وقد تقدم أن ابن القاسم أجاز العـقد بالنسبة إلى أرض ماؤها غـامر وانكشـافهـا نادر وإذا أجاز ذلك عنده فـهذه المسـألة أحرى ولهـذا قال صاحب «المقدمات»[1] : تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت أرض مطر أو نيل أو غيرهما ، مأمونة كانت أم لا .

وأما تحصيل مذهبـه بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فمـا كان من الأرض مأموناً كأرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقـد فيها الأعوام الكثيرة جائز ، وما كان منهـا غير مأمـون فلا يجوز النقد فـيه إلا بعد أن تروى ويتمكن من الحـرث كانت من النيل أو المطر أو السقي بالعيون أو الآبار .

وأما وجـوب النقد فيـجب عنده في أرض النيل إذا رويت إذ لا يحتاج إلى غـير ذلك، وأما غـيرها فـلا يجب النقـد فيـها عنده حـتى يتم الزرع وتسـتغني عن الماء، ووافقـه ابن الماجشون إلا في أرض السـقي المأمونة فيجـعلها كأرض النيل يجب النقد فـيها إذا رويت، وعلى مذهب ابن الماجشون فـالأرض بالنسبة إلى جواز النقد فيهـا على أربعة أقسام: أرض النيل المأمونة فيجوز فيها الكراء بالأعوام الكثيرة بالنقد أو غير النقد قرب إبان شربها أو ريها أم لا .

وأرض السقي بالعـيون لا يجوز عنده كـراؤها إلا لثلاثة أعوام أو أربعـة ، ولا ينقد إلا سنة ؛ يريد أنه ينقـد السنة الثـانيـة قبل تمام الأولى بيـسـير إن لم تروَ الأرض ، قـاله في «الواضحة» ، وأما أرض المطر فـلا يُجِيزُ الكراءَ فيها حتى تروى رياً مـبلغاً له أو لأكثره مع رجاء مطر غيره . انتهى باختصار .

وَتَصِحُّ إِجَارَةُ الرَّقَبَةِ وَهِيَ مُسْتَأْجَرَةٌ أَوْ مُسْتَثْنَى مَنْفَعَتُهَا مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا غَالِباً

يعـني : ليس من شرط الإجارة قبض المنفعة في الحال ، بل يجوز لربها إذا كانت الرقبة

---

(١) « المقدمات » (١/ ٤٧٧) .

مستأجرة أن يؤاجرها من آخر بعد مـدة الأول وكذلك يجوز له أن يؤاجرها إذا كان مستثنى منفعتها وصورتها أن يشتري إنسان شيئاً ، فيسـتثني بائعه منفعته مدة معينة تبقى فيها الرقبة غالباً فللمشتري أن يؤاجـرها ليقبضها المستأجر بعد المدة التي اسـتثناها البائع والمشهور جواز النقد على منفعة عبد أو دابة تقبض بعد شهر ، وإنما يمنع شرط النقد خاصة .

وقال غير ابن القاسم : يمنع عقد الكراء على مثل هذا .

وقيد محمد الأول بما إذا لم تكن الدابة في سفر .

فـفي «المدونة»[1] : ومن اكترى داراً على أن لا يقبضـها إلى سنة جاز ذلك وجاز النقد فيها لا منها ، فإن بعد الأجل جاز الكراء ولا يجب النقد فيه .

وَالنَّقْدُ فِـيهَا يَخْـتَلِفُ بِاخْتِلافِـهَا ، وَاسْتُـخِفَّ فِي الْعَقَـارِ سِنِينَ ، وَاسْتُكْثِرَ فِي الْحَـيَوَانِ عَشَرَةُ أَيَّامٍ...

(فِيهَا) أي في الرقبة المستأجرة .

(يَخْتَلِفُ بِـاخْتِلافِـهَا) فإن كانت الرقبة يؤمن بقاؤها وعدم تغـييرها جاز النقد فيها وإلا فلا ، ولهذا **(وَاسْتُخِفَّ فِي الْعَقَارِ سِنِينَ)** أي : أنهم أجازوا النقد شرطاً في العقار على أن يقبض إلى سنين ولم يجيزوا ذلك في الحيوان إلا القصيرة كعشرة أيام .

فإن قلت : هلاَّ حملت كلامه على مقدار أمد الإجارة الذي يكون قبض الشيء المستأجر بعده .

قـيل : لو حملناه على ذلك لأقصرنا أمد الإجارة على عـشرة أيام في الحيوان إلا عشرة أشهر ، بل يجوز أكثر من ذلك .

نعم المختار عند المتأخرين التفرقـة بين الحيوان والرباع والثياب ويفرق أيضاً في الرباع بين القديم والحادث منهـما وإن كان المتقدمون لم يفـصلوا في ذلك ولكن لم يذهب أحدٌ منهم إلى استكثار عشرة أيام في الحيوان .

وذكر اللخمي في أمدِ إجارة العبد ثلاثة أقوال : أجاز في «الموازية» العشر سنين بالنقد ، وفي «المدونة» خمس عشرة سنة ، ومنعه ابن القاسم في العشر .

اللخمي : وأرى أن ينظر إلى العبد فقد يكون شاباً وقد يكون شيخاً .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٧٥) .

وَيَصِحُّ بَيْعُهَا إِلَى مَا يُنْقَدُ فِيهِ

يعني : ويصح بيع الرقبة على أن تبقى بيد بائعها إلى ما يجوز النقد فيه في الإجارة ، إما لكونه آجرها أو لينتفع بها ، فيستكثر في الحيوان عشرة أيام ويستحب في العقار السنون.

ابن راشد : وأجاز ابن القاسم استثناء منفعة الأرض عشرة أعوام وأجاز المغيرة السنين الكثيرة وأجاز ابن القاسم سكنى الدار بينه وبين العام ولم يجز أكثر من ذلك لما يخشى من تغييرها وأجاز ابن حبيب السنين وقيل : تجوز السنة ونصف السنة .

وروى سحنون : ثلاثة أعوام ، وروي عن ابن القاسم في «الموازية» جواز استثناء سكنى عشرة أعوام والخلاف خلاف في حال ولا نفقة فإن كانت المدة لا تتغير فيها غالباً جاز .

وَلا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ حَائِضٍ عَلَى كَنْسِ مَسْجِدٍ

هذا يتعلق بقوله: غير حرام وكلامه مقيد بما إذا كانت هي تكنس وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها فيجوز ، وكذلك أيضاً عكس هذه المسألة : لو آجر المسلم نفسه لكنس كنيسة ونحو ذلك ، أو آجر نفسه ليرعى له الخنازير أو ليعصر له خمراً .

مالك : ويؤدب المسلم إلا أن يعذر بجهالة واختلف قول مالك هل تؤخذ الأجرة من الكافر ويتصدق منها أو لا ؟

ابن القاسم : والتصدق بها أحب إلينا وللشيوخ خلاف فيمن باع داره أو آجرها لمن يتخذها كنيسة ، هل يتصدق بالثمن كله أو الكراء أو إنما يتصدق بفضلة الكراء ، أو يفرق فيتصدق في البيع بالفضل ، وفي الكراء يتصدق بالجميع ؟

ابن يونس : وبالثالث أقول .

وَلا يَجُوزُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عِبَادَةٍ مُعَيَّنَةٍ عَلَيْهِ كَالصَّلاةِ وَالصِّيَامِ وَتَقَدَّمَ الْحَجُّ

وهذا يتعلق بقوله (وَاجِبَةٍ) واحترز بقوله : (مُعَيَّنَةٍ) مما على الكفاية كغسل الميت ونحوه.

واعلم أن العبادة المعينة قد لا تكون واجبة كالوتر وركعتي الفجر ، فلا يصح الاستئجار عليها .

فكلامه هذا أحسن من قوله أولا : **(وَلَا وَاجِبَة)** ولم تجز الإجارة هنا لأن من شرط العقد على المنفعة ، أن تحصل المنفعة للمستأجر وإذاً استأجره على أن يصلي ما وجب عليه أو يصوم عنه لم تحصل المنفعة للمستأجر .

وقوله : **(وَتَقَدَّمَ الْحَجُّ)** أي : في الحج .

بِخِلَافِ غُسْلِ الْمَيِّتِ وَحَمْلِ الْجِنَازَةِ وَحَفْرِ الْقَبْرِ

فإن الإجارة عليهما جائزة .

وَفِي الْإِمَامَةِ ثَلَاثَةٌ : لِابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَابْنِ حَبِيبٍ وَغَيْرِهِمَا - ثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ عَلَى انْفِرَادِهَا لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ مَعَ أَذَانٍ وَالْقِيَامُ بِالْمَسْجِدِ جَازَ ، وَفِيهَا : وَتَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَى الْأَذَانِ وَالصَّلَاةِ مَعاً ...

الجواز لابن عبد الحكم ورأى أن الإجارة على ملازمة الموضع لا على نفس الصلاة .

ابن يونس : وهو القياس .

والمنع لابن حبيب قال : لا تجوز الإجارة على أذان ولا صلاة .

والثالث تصوره من كلام المصنف ظاهر، وهو مذهب «المدونة» وبه العمل .

ولو قال المصنف : إن كانت مع غيرها جاز لكان أحرى على قاعدته لأنه خالف هنا الغالب من عادته إذ لم يجعل صدر الثالث هو القول الأول .

ابن راشد : وروى ابن زياد عن مالك الجواز في الفرض دون النفل .

المتيطي : ذكر الطلمنكي في كتابه وروى ابن الماجشون عن مالك إجازة الأجرة في قيام رمضان وقال : هو مثل المؤذن ومعلم القرآن قال فيها في الصلاة : وتجوز الإجارة على الأذان ؛ يعني بخلاف الصلاة يفردها .

وفيها في آخر الصيام : ولا يؤم أحد بإجارة في رمضان ولا في الفرائض .

وفي الجعل : وكره مالك الإجارة في الحج وعلى الإمامة في الفرض وفي قيام رمضان.

ابن عبد السلام : وحيث نسب إلى «المدونة» المنع فهل هو على الكراهة كما في هذه المواضع ، أو على التحريم ؟ وحمل الكراهة فيه تردد .

خليل : الراجح الحمل على الكراهة ، وهو الذي نص عليه صاحب «النكت»[١] وابن يونس ، ولو كانت ممنوعة عنده لما جاز الإجارة على الأذان والصلاة لاشتمال الصفقة حينئذ على حلال وحرام .

ابن يونس : واختلف شيوخنا إذا أوجر على الأذان والصلاة ثم تعطل عن الصلاة لأمر عرض له ، هل تسقط حصة ذلك من الإجارة بناء على أن الاتباع حصة من الثمن أم لا ؟ والظاهر الإسقاط وهو اختلاف اللخمي وصاحب «النكت» .

تنبيهات :

الخلاف الذي ذكره المصنف ، إنما نقله المتقدمون في الذي يأخذ الأجرة من الناس الذين يستأجرونه على ذلك من أموالهم ، والظاهر أن ما يؤخذ من بيت المال والأحباس أخف وأن قصارى أمره الكراهة ولا ينتهي إلى التحريم وذكر القرافي أن ما يؤخذ من بيت المال متفق على جوازه ، قاله ابن عبد السلام .

الثاني : **المتيطي** : ويحسب على الإمام الكثير من مرضه أو مغيبه دون القليل ، وأما إن غاب الجمعة ونحوها فلا بأس بذلك ولا يحط من أجرته شيء ، قاله غير واحد من القرويين .

الثالث : وليس لأهل المسجد ولا لبعضهم بعد الاتفاق على الرضا بالإمام أن يخرجوه ولا يتأخروا عن الصلاة خلفه ، إلا أن يثبتوا عند الحاكم ما يجرحه ، لكن يكره للإمام إذا كره الأكثر من الجيران الصلاة خلفه أن يصلي بهم وهم يكرهونه ولكن لا يقضى عليه .

ابن مغيث في «وثائقه» : وذلك إذا استأجره صاحب الأحباس ، وأما إن استأجره الجماعة فلهم تأخيره من غير إثبات جرحة .

الباجي : ونزلت بإشبيلية سنة ثمانين وثلاثمائة في إمام اختلف الجيران عليه وكره بعضهم الصلاة خلفه وقال أحمد بن عبد الله : إن قام من الجيران النفر اليسير فلا يؤخر الإمام عن الصلاة إلا أن يثبتوا عليه جرحة وإن قام الجيران يجمعون أو جلهم فإنه يمنع من الصلاة بهم لما جاء : **«لا يصلي الإمام بقوم وهم له كارهون»**[٢] .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ٨٨) .

(٢) أخرجه أبو داود (٥٩٣) وابن ماجه (٩٧٠) والبيهقي في « الكبرى » (٥١٢٢) من حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - ، وصححه الألباني - رحمه الله .

وهكذا ذكر ابن حـبيب فيها ؛ وشاور قاضي قرطبة الفقهاء فقال عمر بن أحمد بن عبد الملك وتابعه عليه غيره كذلك فحكم به وإن كـان غير القائمين القليل من الجيران وهم أهل العدالة والخير والقائمون ليسوا كذلك فلا يلتفت إليهم .

وَكُرِهَ إِجَارَةُ قُسَّامِ الْقَاضِي

هذا إن كان لهم رزق في بيت المال وتقدمت هذه المسألة ولعل الكراهة أن معظم القسمة علم لا عمل ولأنه وكيل على الناس فكان كالقاضي .

وَلا بَأسَ بِمَا يَأْخُذُهُ الْمُعَلِّمُ عَلَى التَّعْلِيمِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ، وَإِنْ اشْتَرَطَ شَيْئاً مَعْلُوماً جَازَ..

لما في الصحيح : «**إن خير ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله**»[١] .

وقوله : (**وَإِنْ اشْتَرَطَ**) مبالغة .

وقوله : (**وَإِنْ اشْتَرَطَ شَيْئاً مَعْلُوماً جَازَ**) يعني : سواء كان ذلك المعلوم كل شهر ونحوه بكذا أو على الحذاق .

ابن الجـلاب[٢]: وقيل : لا يجوز إلا مشاهرة ونحوها ولا يقضى للمعلم بهدايا الأعياد والجمع ، وهل يقـضى بالحذقة ؟ وهي الإصـرافة إذا جرى به العرف ؟ وهو قـول سحنون أولا وهو قول أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم وليس فيـها شيء معلوم وهي على قدر حال الأب .

وإذا بلغ الصبي ثلاثة أرباع القرآن لم يكن لأبيه إخراجـه ووجبت الحذقة للمعلم ووقف في الثلثين .

فرع :

قـال في «المدونة» [٣]: وأكره الإجارة على تعليم الفقه والفرائض كـما يكره بيع كتبها، وأكره الإجـارة على تعليم الشعر والنحـو أو على كتابة ذلك أو إجـارة كتب فيـها ذلك ، وبيعها ، وكره مالك قراءة القرآن بالألحان فكيف بالغناء .

عياض : معنى نوح المتصوفة : أناشيدهم ، ورواه بعضهم نحو وهو غلط .

---

(١) أخرجه البخاري (٥٤٠٥) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما .

(٢) « التفريع » (٢/ ١٣٥) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٢٢) .

واختلف في الاستئجار على تعليم الفقه كالاختلاف في بيع كتبه ، ومنع ابن القاسم الاستئجار على تعليم النحو والشعر .

وأجاز أصبغ وابن حبيب الإجارة على تعليم الفقه والنحو وتعليم الرسائل وأيام العرب، وأما تعليم الغناء والهجو فلا يختلف في منعه .

وَلابُدَّ مِنْ بَيَانِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا كَانَ فِيهَا مَا تَقَعُ الْمُشَاحَّةُ فيه مَا لَمْ يَكُنْ عُرْفٌ وَتقَيدُ

هذا شروع منه فيما يتعلق بالقيد الآخر وهو قوله : (**مَعْلُومَةٌ**) أي : لابد من بيان جنس المنفعة لينتفي الغرر كما إذا أكرى دابة ليحمل عليها أو ليركبها ما لم يكن عرف كحمير المكارية عندنا بمصر فإنه جاز في ركوبها .

(**وَتُقَيَّدُ**) وهو بالتاء من فوق وفتح القاف لما لم يسمَّ فاعله ؛ أي : وتقيد المنفعة بزمان أو مكان ، وهو يرجع إلى بيان قدرها .

وفي بعض النسخ : (ويقيد) - بالياء - فيكون صفة للعرف ؛ ليحترز بذلك من عرف ليس بمنضبط ، وفي بعضها : (وتقييد) مصدر من قيد .

فَإِنْ كَانَ اسْتِصْنَاعاً فَبِالزَّمَانِ أَوْ بِمَحَلِّ الْعَمَلِ كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ أَوْ يَوْمٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا فَسَدَ ...

هذا بيان كيفية تقييد المنفعة وذكر أنه إذا كان العمل المستأجر عليه صنعة فإنها تقيد بالزمان أو بالمحل ، فخياطة ثوب مثال لما يقيد بمحل العمل ، واليوم مثال لما يقيد بالزمان.

وإن جمع بينهما - بأن قال : خِطْ هذا الثوب في هذا اليوم بدرهمٍ - فَسَدَ ، وهذا في «الجواهر»(١) ، وعلله فقال : لأنه ربما تم العمل في اليوم أو بعده .

وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين أن يمكن أن ينقضي الأجل قبل تمام العمل أم لا ، فأما إن كان محتملاً فقال التونسي وابن رشد : لا خلاف أن ذلك لا يجوز .

وقال في «البيان» (٢): واختلف إذا كان الإشكال في أن العمل يمكن إتمامه قبل انقضاء الأجل ، فالمشهور أنه لا يجوز وهو موافق لإطلاق المصنف .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٥٩) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٤١١) .

وقيل : يجوز ، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى ، وقول ابن حبيب ، وظاهر ما في «العتبية» دليل قوله في «المدونة» فيمن استأجر ثوراً على أن يطحن له كل يوم إردبين فوجده لا يطحن إلا إردباً ، أن له أن يرده ويعطي في الإردب ما ينوبه ولم تنفسخ الإجارة.

وقال اللخمي : إن لم يدر هل يفرغ العمل في تلك المدة لم يجز ، واختلف إذا كان الغالب أنه يعمله فيه فقيل : ذلك جائز ، وقيل : لا يجوز .

وقال ابن عبد السلام : الذي قاله من أرضى من الشيوخ في تعيين المشهور فمنهم من عينه في المنع ومنهم من أشار إلى أنه الإباحة واحتج بمسألة الثور .

فرع :

فإن وقعت الإجارة على الوجه الفاسد فقال ابن القاسم : له إجارة المثل ولا ينظر إلى المسمى لأنه فاسد ، واختار **اللخمي** الصحة ، قال : لأن الغرض أن يسرع بالعمل تلك المدة وإن تأخر وخاطه بعد المدة نظر إلى خياطته على أن يسرع في ذلك الأجل وعلى أن يخيطه في الوقت الذي خاطه فيه فيحط من المسمى بقدره .

اللخمي : وإن يضرب أجلاً في أصل العقد ثم قال : عجله لي اليوم وأزيدك نصف درهم ، فقال ابن القاسم : لا بأس به ، ولم يره مثل الرسول يزاد لسرعة السير وقال محمد : لا بأس به في الرسول .

وَفِي التَّعْلِيمِ بِالزَّمَانِ أَوْ بِحَصْرِ مَا يُعَلِّمُ

وتضبط المنفعة في التعليم ، تعليم قرآن أو غيره بالزمان لكل شهر كذا أو بحصر ما يعلم كربع القرآن وقد تقدم أن هذا هو المشهور .

وفي «الجلاب»(١) قول : إنه لا يجوز إلا على مدة معلومة .

ابن عبد السلام : ولابد من اختبار حال المُعَلَّم إن كانت الإجارة على تعليمه جزءاً من القرآن أو مقدار الصنعة لسرعة الحاذق وبطء تعليم البليد .

وَيَلْزَمُ تَعْيِينُ الرَّضِيعِ وَالْمُتَعَلِّمِ بِخِلافِ غَنَمٍ وَنَحْوِهَا

يحتمل ويلزم تعينها عند عقد الإجارة لاختلاف الصغير في الرضاعة وفي التعليم

---

(١) « التفريع » (٢/ ١٤١) .

بحسب الذكاء والبلادة وقد تقدم أن اللخمي قال : لو وصفوا سنه من غير اختبار رضاعة وصناعة جاز عقد الإجارة ، وعلى هذا الوجه لا يكون في كلامه التصريح بأن هذين الصبيين إذا ماتا لا يلزم آباؤهما الخلف نعم يؤخذ منه بطريق اللزوم لأنه يلزم من التعيين الفسخ ويحتمل أن يريد بتعيينهما أنهما لو ماتا قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت الإجارة ولا يلزم آباؤهما خلفهما بل نص **الباجي** على أنه لا يجوز العقد فيهما على مضمون وهذا هو المشهور عن سحنون أنه يلزم الأب خلف الرضيع وأجراه على القاعدة : أن ما تستوفى به المنفعة لا تنفسخ الإجارة بهلاكه .

والاحتمال الأول أولى ، لأنه أقرب إلى لفظه ؛ لأنه سيتكلم على الانفساخ فعورضت مسألة الرضيع هاهنا بما ذكره في «المدونة» في البيوع الفاسدة إذا باع أمة ولها ولد رضيع وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة ، قال : إن مات الصبي أرضعوا له آخر .

وفرق **ابن يونس** بأن مسألة البيع الغرر فيها تبع بخلاف الإجارة كقول مالك في بيع لبن شاة جزافاً فإنه لا يجوز ، وأجاز كراء ناقة شهراً واستثنى حلابها وأصل ذلك من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا انفردت وكان يغمز مسألة البيع وقال : لا يجوز هذا البيع إلا على وجه الضرورة لأن المبتاع ربما يحتاج إلى أن يظعن بها فيكلف الصبي المؤونة لا يدري قدرها وذلك غرر .

وقيل : إنما يجوز بيع هذه الأمة إذا كان الرضاع مضموناً على مشترى الأمة لا في هذا الصبي بعينه ، لأنه في هلاكه يسقط فلذلك يحتاج أن يكون مضموناً ليكون ما في «المدونة» ثابتاً في كل حال .

وأما الرضاع في غير الأمة فلا يجوز أيضا لأن المشتري يصير غير قادر على التصرف فيها فيكون كمن اشتراها على ألا يبيعها إلا إلى سنة .

ابن يونس : وقد يقال: عليَّ بيعها ويشترط على المبتاع الرضاع أيضاً .

ولمالك في «العتبية»[1] فيمن باع جارية وشرط أن ترضع ابنا له سنة : أنه لا خير فيه وقيل له : فإن اشترط أن يأتي بغيرها قال : لا يعجبني .

قوله : **(بِخِلَافِ غَنَمٍ وَنَحْوِهَا)** أي : فلا يلزم تعيينها ويلزم خلفها إن هلكت .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٧/ ٣٦١) .

فَلَوْ عَيَّنَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْبَدَلَ فَفِي تَعْيِينِهَا قَوْلانِ

ظاهره صحـة العقد مع عدم شـرط الخلف ، وإنما يختلف في تعـيينها ففي التـعيين لا يجب خلف الماشية إذا هلكت وعلى ضده العكس .

وقد ذكر اللخمي هذين القولين فقال : قـيل : الأجرة جائزة ويخلف غيرها إن أصيبت ولا تتعين وقيل: جائزة وتتعين لئلا يتكلف رب الماشية البدل .

والقول الأول لأشهب وابن الماجـشون وسحنون وأصبغ وابن حـبيب ومذهب «المدونة» خلاف القولين وهو أنه لا يصح العقد إلا باشتراط الخلف فإن لم يشترط الخلف فسد العقد وعلى هذا فكلام المصنف في هذه المسألة ليس بظاهر ، إما أولا : فلتركه مذهب «المدونة».

وإما ثانياً : فلأن كلامه يوهم صحة العقد باتفاق ، وإنما الخلاف في تعيينها خاصة .

وفي المسألة قول رابع : يجوز العقد من غير اشتراط الخلف إن قرب الزمان لا إن بعد ؛ حكاه **اللخـمي** واختار قولا خامسا بالجواز فيما قرب ، بعد التحجير على رب الماشية في البيع .

تنبيه :

الأكثرون فهموا «المدونة» على ما ذكرنا ، ورجحوا قول ابن الماجشون ومن وافقه .

وفـهم البـاجي أن المذهب على ما قاله ابن الماجـشون وأن شرط الخلف الذي ذكره في «المدونة» إنما أراد به رفع اللبس عند العقـد لأن العقد يفسد عند عدم الشـرط وهو بعيد من لفظ «المدونة» لأن فيها[1]: فإن كانت بأعيانها فلا تجوز الإجارة حتى يشترط أنه إن ماتت أو باعها أخلف غيرها .

وَتُحْمَلُ فِي الدَّهَانِ وَغَسْلِ الْخِرَقِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْعُرْفِ ، وَقِيلَ : عَلَى الظِّئْرِ

قوله : (وَتُحْـمَلُ) : أي الظئر ويحتمل الإجارة هذا إن كان تحمل بالتاء المثناة من فوق وإن كان بالياء المثناة من تحت فيحتمل عوده على الأب وعلى العقد .

وقوله : (وَغَيْرِهِ) يعني : تحميمه ودق ريحانه ونحو ذلك على العرف ، فإن اقتضى أنه على الظئر فعـليها وإن اقتضى أنه على الأب فـعليه هذا مذهب «المدونة» ولم يصرح فـيها بالحكم إذا لم يكن عرف .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٨٤) .

نعم ، نص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب .

وقوله : (**وَقِيلَ : عَلَى الظِّئْرِ**) أي : مع عدم العرف ؛ لأن العرف محل اتفاق وهذا القول لابن عبد الحكم ولعل المصنف حمل «المدونة» على قول ابن حبيب ، فلهذا ذكر هذا القول مقابلاً له لأن كلامه يوهم أن هذا القول مخالف مع ثبوت العرف .

و(**الدَّهَانِ**) بفتح الدال مصدر ؛ أي : فعل الدهان ؛ لأنه محل للقولين ، وهكذا ضبط **عياض** «دهنه» الواقع بفتح الدال ؛ لأنه إنما أراد هنا الفعل ، يعني : وأما «الدِّهَانُ» بالكسر فهو اسم لما يُدَّهَن به ، نص عليه **الجوهري**[1] ، وهو على الأب باتفاق .

ابن عبد الحكم : فأما ما ترقد فيه الظئر من لحاف وفراش فذلك على ما تعارفه الناس فإن لم يكن عرف فذلك عليها ويكون على الأب لحاف الصبي ودثاره وما يرقد فيه .

وَتُعَيَّنُ الدَّارُ وَالْحَانُوتُ وَالْحَمَّامُ وَشِبْهُهُ

لما تكلم على استئجار الآدمي شرع في ذكر العقار ولابد من تعيينه ولا يصح أن يكون في الذمة إذ لابد من ذكر موضعه وحدوده وهذا بخلاف الدواب والسفن فإن الإجارة تكون فيها معينة وفي الذمة وسيأتي الكلام على الدواب .

وَتُقَيَّدُ بِمُدَّةٍ تَبْقَى فِيهَا غَالِباً وَيَنْقُدُ إِنْ كَانَ لا يَتَغَيَّرُ غَالِباً

يعني : في تقييد مدة الإجارة في العقار بمدة تبقى فيها العقار غالباً ، فالأرض آمن من الديار وكذلك الجديد آمن من القديم والضابط في الجميع ما ذكره المصنف .

المتيطي : الذي جرى به العمل من الحكم كراء الرباع لعشر سنين وخمسة عشر وعشرين وأزيد ولا بأس بتعجيل الوجيبة كلها ، ومذهب **ابن حبيب** أن الكراء في الرباع جائز إلى سنين كالبيع وإن بعد فلا بأس به دون النقد .

قوله : (**وَيَنْقُدُ... إلخ**) ظاهر التصور ، لكنه مقيد بما إذا كانت ملكاً للمكري أو ملك منافعها حياته ، ففي «النوادر»[2] عن مالك : لا بأس أن يكريها مدة قريبة وينتقد ولا يكريها كثيراً .

ابن القاسم : والقليل السنة ونحوها .

---

(١) « الصحاح » (١/٢١٦) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٧/٤٧) .

وقال ابن ميسر : لو أكراها ثلاث سنين أو أربعاً لم أر به بأساً .

ابن يـونس : وأما إن لم ينقد فجائز ، لأنه كلما عمل أخذ بحسابه وذكر ذلك في العبد ولا فرق ، وصرح بذلك المتيطي في الدور .

وَلَوْ لَمْ يُسَمِّ لِكُلِّ سَنَةٍ جَازَ كَالأَشْهُرِ مِنَ السَّنَةِ

يعـني : ويجوز عقد الكراء على سنين بكذا وإن لم يسم لكل سنة شيئاً ، كما يجوز أن يستأجر منه سنة بكذا وإن لم يعين لكل شهر شيئاً وكان المقصود من شهور السنة : بعضها، كما أشار إليه في «المدونة»[1] في دور مكة ويرجع إلى التقويم عند حصول مانع كما يجوز جمع سلع مختلفة في البيع .

وقوله : **(جَازَ)** يفهم منه أيضاً الجواز مع التسمية من باب أولى ، فهو مفهوم موافقة .

فرع :

ثم إن شرط الرجـوع - إن طرأ مانع - إلى القيـمة دون التسـمية لحل اتفاقـاً وإن شرط الرجوع بالتسمية امتنع اتفاقاً وإن دخلا على المكث فمذهب ابن القاسم وروايته في «المدونة» أن التسميـة لغو ويقتضي بالقيـمة وهو قول سحنون وأصبغ ولمالك في «العتـبية» أن الكراء فاسد وذكر ذلك في «البيان»[2] .

وزعم ابن عبد السلام أن في كـلام المصنف ما يوهم أنهما إذا سميا لزمتـه التسمية عند استحقاق وردَّ بأنه ليس مفهوم موافقة ولا مخالفة .

أَوْ تَقَيَّدْ كُلَّ شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ بِكَذَا فَتَصِحُّ وَلا يَلْزَمُ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُ فِي الْمَذْكُورِ

لما قدم الكلام على كراء الوجيبة شـرع في الكلام على كراء المسابقة والمشاهرة ، قوله : **(أَوْ تُقَيَّدُ)** معطوف على قوله : **(وتُقَيَّدُ بِمُدَّةٍ)** .

قوله : **(فَتَصِحُّ)** أي الإجارة ولا يلزم كلٍّ واحد من المتعاقدين في المذكور سواء سكن بعضه أم لا ، وهذا مذهب ابن القاسم ، وروي عن مالك في «المدونة» .

وروى مطرف وابن الماجشون : أنه يلزمه أقل ما سمـيا ، فإن قالا : كل شهر بكذا لزم في شهر ، وإن قالا : كل سنة بكذا لزم في السنة .

---

(١) « المدونة » (١١/ ٥٢٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٩/ ١٩) .

وبه قال ابن حبيب واختاره اللخمي ، قال : لأنهما أوجبا بينهما عقداً ولم يجعلا فيه خياراً ، فوجب أن يحملا على أقل ما تقتضي التسمية .

واختار ابن يونس المشهور قال : لأنه كأنه قال : أكريتك من حساب الشهر والسنة بكذا.

وفي المسألة قول ثالث : لا يلزمه شيء كالقول الأول حتى يشرع في السكنى فيلزمه أقل ما سميا كالقول الثاني وهو أيضاً مروي عن مالك .

ولكراء الوجيبة ألفاظ :

الأول : أن يقول: أكريتك هذه الدار أو الحانوت شهر كذا أو سنة كذا .

والثاني : أن يقول: أكريتك؛ هذا الشهر وهذه السنة .

والثالث : أن يسمي العدد فيما زاد على الواحد فيقول سنتين أو ثلاثاً .

والرابع : أن يقول : أكري منك إلى وقت كذا واختلف إذا قال : أكري منك سنة بكذا أو شهراً بدرهم .

فحمل أكثرهم كابن لبابة وغيره «المدونة» على أنه وجيبة وذهب أبو محمد إلى حمل «المدونة» على أنه غير لازم ، كما إذا قال: أكتري كل سنة بكذا أو السنة بكذا .

ابن سهل : ورأيت في حاشية كتاب بعض شيوخنا : إن قال : أكريتك السنةَ بكذا - بالنصب - لزمته السنة ، وإن قال: أكريتك السنةُ بكذا - بالرفع - كان مثل قوله : أكريك كل سنة بكذا على رواية ابن القاسم قال : وهذا إن شاء الله حسن .

ابن رشد[1] : ولا وجه لاستحسانه عندي ، لأنه لما نصب احتمل لزوم السنة واحتمل بحسابه السنة فيجب الحمل على عدم اللزوم ، لأن الأصل براءة الذمة فأما إذا رفع فلا إشكال ولم يتكلم عليه ابن القاسم .

فَلَوْ نَقَدَه مَبْلَغاً لزمَتْ فِيمَا يُقَابِلُهُ اتِّفَاقاً

هكذا حكى اللخمي الاتفاق أيضاً وعلى هذا فلو قال : كل شهر بكذا ونقد كراء كل شهر لزمه في النصف ثم على المشهور لزمه أن ينحلا عن الكراء وعلى قول عبد الملك يلزمه النصف الآخر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ٢٠) .

فَإِذَا لَمْ يُعيِّنِ ابْتِدَاءَ الْمُدَّةَ حُمِلَ مِنْ يَوْمِ الْعَقْدِ

يـعنـي إذا قال : اكتـر شهراً أو سنة ولم يبين أولها حـمل على أن ذلك أولها من حين العقد لأنه لو لم يحمل على ذلك لزم فساد العـقد لأن الكراء لا يجوز على غير سنة معينة وإذا وقع العقد على شهـر فإن كان في أوله لزمهما الكراء في ذلك الشـهر على ما كان من نقص أو تمام وإن كان ذلك في بعض شهر لزمهـما الكراء في ثلاثين يوما من يوم عقداه ، وكذلك السنة إن كان في أول شهر فاثنى عشر شهراً بالأهلّة .

مـالك في أكـرية الدور من «المدونة»(١) : وإن وقع بعد أن مضى من الشـهر عشرة أيام حسبا أحد عشر بالأهلة وشهرا على ثلاثين يوما كالعدة والأيمان ولا يقع الكراء على ما بقي من السنة إذا قال : أكري منك هذه السنة إلا ببيان .

قال في «المقـدمات»(٢) : بين ذلك رواية عيسى عن ابن القاسم في كتـاب الصيام فيمن قال: لله عليَّ صـيام هذه السنة لسنة ست وثمانـين وقد مضى بعضـها أن عليه صـيام اثني عشر شهراً وكذلك روايته عـنه في كتاب الأيمان في من قال لامرأته : أنت طالق إن فعلت كذا هذه السنة أنه إن كان نوى ما بقي فله نيته ، وإن لم ينو شيئاً استقبل اثني عشر شهراً .

قـــال في «المـدونة» (٣): ومن اكـترى داراً سنة أو سنتين ولـم يسمِّ متى يسكن جـاز ، ويسكن أو يسكن غيره ما لم يأت من ذلك ضرر بين على الدار .

ابن يونس : يريد ضرراً في السُّكنى .

ابن عبـد السلام : ويحتمل عندي خلاف ما نص عليه مالك في «المختصر» : إن غلقها المكري وخرج فذلك له وليس لصاحبها أن يقول تخربها عليَّ .

وَلَوْ لَمْ يُعيِّنْ فِي الأَرْضِ بِنَاءً وَلا زِرَاعَـةً وَلا غَرْساً وَلا غَيْـرَهُ وَبَعْضُهُ أَضَرُّ فَلَهُ مَـا يُشْبِهُ فَإِنْ أَشْبَهَ الْجَمِيعُ فَسَدَ ...

سكت عن التعـيين لظهور الحكم فيه ووقع في بعض النسخ بـعد قوله : **(وَلا غَيْـرَهُ)**

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٧٦) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٦٨) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٧٦) .

(**وَلاخَيَّـرَهُ**) وهو يقتضي : أنه لو خيره جاز ونـحوه في «الجواهر»، فإنه قال : ولو قال : انتفع بالأرض كيف شئت ، جاز وتردد فيه **التونسي** قـال : انظر لو رضي رب الأرض بذلك هل يجوز إذا كـان الأمران مختلفـين أو لا يجوز ؟ كمن اكتـرى إلى طريق فأراد أن ينتقل إلى ما يخالفها .

وقوله : (**وَبَعْضُهُ أَضَرُّ**) : جملة حالية .

(**فَلَهُ مَا يُشْبِهُ**) أي ما دل العـرف عليه (**فَإِنْ أَشْبَـهَ الْجَمِيعُ**) أما إن كان العـرف يقتضي الجميع أو لم يكن هناك عرف (**فَسَدَ**) أي : العقد وهذا أشبه بمذهب غير ابن القاسم في «المدونـة»[1] قال في أكرية الدور : وإذا كانت الأعمال يتـفاوت ضررها وأكريتها لم يجز كراؤها إلا عـلى شيء معروف يـعمل فيـه وإن لم يختلف فـلا بأس وهو مخـالف لظاهر مذهب ابن القاسم فيـها ، قال : ومن اكترى داراً فله أن يدخل متى شـاء فيها من الدواب والأمتعة وينصب فيها الحدادين والقصارين والأرحية ما لم يكن ضررٌ فيمتنع .

ولم يقل يفسد العقد وقال في الأرضين : من اكتـرى أرضاً ليزرعها عشر سنين فأراد أن يغرس فيها شجراً ، فإن كان ذلك أضر بها منع ، وإلا فله ذلك .

وفي اللخمي : أجاز - يعني ابن القاسم - كراء الحوانيت والديار على الإطلاق من غير مراعاة لصنعـة مكتري الحوانيت ولا لعيال من يسكن الدار ، وعلى قـول غيره لا يجوز إلا بعد المعرفة بذلك ، وصرح بأن قول الغير خلافٌ .

وقـال ابن القاسم : والدواب ؛ يريد إلا أن يكـون العرف جـارياً بعدم دخـول الدواب الدور ، وقاله بعضهم .

وَلَوْ سَمَّى صِنْفاً يَزْرَعُهُ جَازَ مِثْلُهُ وَدُونَهُ

يعني : ولا يجوز أن يزرع ما هو أضر ، وتصور كلامه ظاهر .

وفي «الموازية» : من اكترى أرضاً على ألا يزرع فيهـا إلا قطناً لم يجز ، فإن نَزل فعليه قيمة الكراء .

وقال محمد : ذلك جائز عندي .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٧٧) .

وَلا يَلْزَمُ تَعْرِيفُ قَدْرِ الْبِنَاءِ وَصِفَتِهِ بِخِلافِ الْبِنَاءِ عَلَى الْجِدَارِ

وإذا اكترى أرضاً ليـبني فيها لم يلزمه أن يذكر قـدر البناء ؛ لأن الأرض لا ضرر عليها في بقاء البناء بخلاف الجدار إذا أكراه ليبني عليه .

وَفِي الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ بِتَعْيِينِهَا ، وَفِي الذِّمَّةِ بِتَبْيِينِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ

لما فرغ من كـراء العقـار شرع في كراء الدواب ؛ وكـراؤها لأربعة أوجـه : للركوب ، وللحمل ، وللحراثة ، وللاستسقاء .

فأما الركوب فهو على وجهين :

أحدهما : أن يقول : أكريتك هذه الدابة .

والثاني: أن يكري منه دابة في ذمته .

وقـوله : (بِتَـبْـيِينِ) يتعلق بالذمة ، وإنما اشتـرط ذكر الجنس والنوع والذكورة والأنوثة لاختلاف الأغراض والمنافع في ذلك .

وظاهر كلامـه الاكتفـاء بالتعيين في الوجـه الأول ، وينبغي أن يختـبرها الراكب لينظر سيرها في سرعته وبطئه ، فَرُبَّ دابةٍ كما قال مالك : المشي خير من ركوبها .

محـــمـد : وإن وقع الكراء على الإطلاق حـمل على المضـمون حـتى يدل دليل على التعيين.

قال : ولو اكتـرى منه أن يحمله إلى بلد كذا على دابة أو سفينة قـد أحضرها ولم يعلم له غيـرها ، ولم يقل تحملني عـلى دابتك هذه أو سفينـتك ، فهلكت بعد أن ركـب فعلى المكري أن يأتيه بدابة أو سفينة غيرها وهو مضمون حتى يشترط أنه أكرى منه هذه بعينها .

محمد : ويكون نصف السفينة أو ربعها كشرط التعيين .

وَلا يَتَعَيَّنُ الرَّاكِبُ ، وَلَوْ عيِّـنَ لَمْ يَلْزَمْ تَعْيِينُهُ ، وَجَعَلَ مِثْلَهُ فَأَدْنَى ، وَاسْـتَثْقَلَهُ مَالِكٌ فِي الدَّابَّةِ خَاصَّةً إلا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يَبْدُوَ لَهُ ...

هكذا وقع في بعض النسخ على أنه ابتداء مسـألة ، وفي بعضها **(وَلا يَتَـعَـيَّنُ الرَّاكِبُ)** عطفاً على قوله : **(وَفِي الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ بِتَعْيِينِهَا ، لا بِتَعْيِينِ الرَّاكِبِ، بَلْ لَوْ عيِّنَ لَمْ يَلْزَمْهُ تَعْيِينُهُ)** ولهذا لو مات الراكب لم تنفسخ الإجارة ؛ لأن به تستوفى المنفعة .

قوله : (وَجَعَلَ مِثْلَهُ) وفي بعض النسخ : (وَحَمَلَ) ، وكل منهما يحتمل أن يكون مبيناً للفاعل على تقديره (وَجَعَلَ) الراكب المعين (مِثْلَهُ فَأَدْنَى) ويحتمل أن يبنى للمفعول ، وهذا لمالك في كتاب الرواحل والكراء .

قال : وأكثر قول مالك له في حياته أن يكريها من مثله في حاله أو أمانته وخفته .

وقوله : (وَاسْتَثْقَلَهُ) أي : واستثقل مالك رحمه الله حمل المثل على الدواب خاصة ، وهو قوله في الجعل والإجارة .

قال : وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراؤها من غيره وإن كان أخف منه أو مثله ، فإن أكراها لم أفسخه ، وإن تلف لم يضمن إذا أكراها فيما اكتراها فيه من مثله وحالته وأمانته وخفته .

وعلى هذا فيحتمل أن يكون المصنف ذكر قولي مالك ، ويحتمل أن يكون إنما ذكر قولاً واحداً ويكون قوله : (وَجَعَلَ مِثْلَهُ فَأَدْنَى) مقيداً بعد : (وَاسْتَثْقَلَهُ مَالِكٌ) .

وقوله : (فِي الدَّابَّةِ خَاصَّةً) أي : للركوب ؛ أي : وأما غير الدابة أو في الدابة لغير الركوب فلم يستثقله .

محمد : ولم يختلف من أدركت من العلماء في إجازته في الكراء في الدور والسفن والمتاع والصناعات في مثل ما اكترى ، وقد استثقله مالك في الركوب إلا أن يقيم أو يموت ولم يختلف قوله في الإحمال .

قوله : (إِلا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يَبْدُوَ لَهُ) هو كما حكيناه عن «الموازية» .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَالثَّوْبُ لِلُبْسِ مِثْلِه

أي : مثل الركوب ، ونسبه لابن القاسم لأنه هو الذي قاله في «المدونة»(١) .

قال بعد أن ذكر مالك الحكم في الدواب وكذلك الثياب في الحياة والممات : وظاهره أنه لا يضمن في الثوب إذا أكراه من مثله كالدابة .

والذي في «المدونة» عن ابن القاسم أنه يضمن إذا هلك بيد الغير لاختلاف الناس في اللبس ولا يضمن إن هلك بيده .

لكن قال سحنون : هذا حرف سوء فلا يضمن .

---

(١) « المدونة » (١١/ ٤٨٤) .

قال : ومسألة الفسطاط هي الأصل ، وهي قول ابن القاسم : وإن اكتريت فسطاطاً إلى مكة فأكريته من مثلك في حالك وأمانتك ، وصنيعه فيه مثل صنيعك ، وحاجتك إليه مثل حاجته جـاز ، وقد يقال : في استدلال سحنون نظر ؛ لأن الاخـتلاف في اللبس أكثر من الاختلاف في الفسطاط .

وَيُعَيَّنُ الْمَحْمِلُ أَوْ يُوصَفُ وَالْمَعَالِقُ مِثْلُهَا فَإِنْ كَانَتْ عَادَةً لَمْ يُحْتَجْ فِي الْجَمِيعِ

إذا أكرى ليركب في محـمل فلابد من تعيينه أو وصفه بما لا يخـتلف ، فإنه مما يختلف بالكبر والصغر .

و (**الْمَحْمِلُ**) بفتح الميم وسكون الحاء وكسر الميم الثانية .

الجـوهري[١] : واحد المحامل وهي الأوعياء ، وأمـا (المِحْمَل) بكسر الميم الأولى وفتح الثانية فهو علاقة السيف .

وقوله : (**وَالْمَعَالِقُ مِثْلُهَا**) أي : فلابد من وصفها وتعيينها .

(**وَالْمَعَالِقُ**) ما يزيده المكتري على حمل الدابة .

فإن قيل : في «المدونة»[٢] : وقد عرفت للحاج زيادة من السفر والأطعمة لا ينظر فيها المكاري ولا يعرف ما حمل فلا ضمان عليه في ذلك .

وظاهره أنه لا يحتاج إلى تعيينها ولا إلى وصفـها خلاف ما قاله المصنف ، فالجواب أنه قد عُرفت فصـار هذا مدخولاً عليه بالعرف ، فدخل تحت قـول المصنف : فإن كانت عادة لم يحتج في الجميع إلا في المحمل والمعاليق .

قال في «المدونة»[٣] : وإن أكريت دابة بعينها ، فليس لربها أن يحـمل تحتك متاعاً ولا يردف رديفاً ، وكأنك ملكت ظهـرها وإن جعل في متاعك على الدابة متاعـاً بكراء أو بغير كراء فلك كراؤها إلا أن تكون أكريت منه على حمل أرطال مسماة كالزيادة له .

أشـهب : وإن أكراه ليحمله وحده أو مع متـاعه فكراء الزيادة للمكتري ولو كان المكتري منعه من الزيادة عليها إذا أكراه دابة .

قيل : وقول أشهب وفاق .

---

(١) « الصحاح » (١/ ١٤٧) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٦١) .

(٣) « المدونة » (١١/ ٤٦٥) .

وَأَمَّا السَّيْرُ وَالْمَنَازِلُ فَالْعُرْفُ كَافٍ

أي : في تفصيل السير ومقداره في الليل والنهار ، وهو ظاهر ، ثم أخذ يتكلم على الوجه الثاني :

وَالْحَمْلِ بِرُؤْيَةِ الْمَحْمُولِ أَوْ بِكَيْلِه أَوْ وَزْنِه أَوْ عَدَدِه فِيمَا لا تَفَاوُتَ فِيه

(وَالْحَمْلِ) : مجرور معطوف على **(الرُّكُوبِ)** أي : وفي إجارة الدواب للحمل ، **(وَالْحَمْلِ)** بالفتح مصدر حمل .

ابن السكيت : وهو بفتح الحاء لما كان في بطن أو شجر ، وبالكسر لما كان على ظهر أو رأس .

وقوله : **(بِرُؤْيَةِ... إلخ)** هو ظاهر ، ولم يتعرض المصنف للجنس ولابد من بيانه ، واستغنى المصنف عن اشتراطه ؛ لأن رؤية المحمول تغني عنه ؛ ولأن قوله : فيما لا تفاوت فيه يؤخذ منه اشتراط ذكر الجنس .

قال في «المدونة»(١) : ومن اكترى دابة ولم يسمِّ ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم قد عرف حملهم .

وقال غيره : لو سمى حمل الطعام أو بر أو عطر جاز ، وحملها قدر حمل مثلها ، ولو قال : أحمل عليها حمل مثلها ما شئت ؛ لم يجز لاختلاف الأشياء في الحمل .

عياض : واختلف الشيوخ فحمل بعض القرويين قول الغير على الخلاف وأن معنى قوله: «قد عرف حملهم» أي : قدره ، وحمله الأندلسيون على الوفاق ؛ أي : عرفوا نوع ما يحملون من التجارة فلا يضرهم جهل مقداره ، وإليه ذهب فضل ، وهو ظاهر الكتاب أنه متى كان الجنس عرف لا تبال عن التقدير وحملت الدابة حمل مثلها .

فحاصله أن القرويين يقولون : لا يجوز على قول ابن القاسم ولو سمَّى الجنس حتى يكون القدر معروفاً إما نصا أو عرفا .

والأندلسيون يقولون : إنما لم يجز لكونه لم يسم الجنس ، ولو سمى الجنس لجاز ، ويصرف القدر على الاجتهاد .

وممن حمله على الخلاف اللخمي ، فإنه قال : إن سمى القدر دون الجنس لم يجز ،

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٥٨) .

فقد يتفق الجنس ويختلف الكراء لاختـلاف المضرة ، وكراء الكتان والرصاص مختلف وإن استوى الوزن ، واخـتلف إذا سمى الجنس دون القدر ، فمنعه ابن القاسـم ، وأجازه غيره فيحمل عليـها حمل مثلها ؛ والأول أحسن ، وليس كل واحد من المكتـرين يعرف قدر ما تحمل دابة غيره .

وَلا تُوصَفُ الدَّابَّةُ إلا مِثْلَ زُجَاجٍ وَنَحْوِهِ

يعـني : أن الدابة في الحمل لا يحتاج إلى وصفها لعدم اختلاف الأغراض في ذلك إلا أن يكون مما يفسد - أي : المحـمول - بسقوط الدابة كالزجاج والدهن ونحـوه كالفخار ؛ فيحتاج إلى تعيينها ووصفها لتعلق الأغراض بذلك ، ثم انتقل المصنف إلى الوجه الثالث ، وهو الحرث فقال :

وَلِلْحِرَاثَةِ بِتَعْرِيفِ صَلابَتِهَا وبُعْدِهَا

الضـمير في (**صَلابَـتِهَا وبُعْـدِهَا**) عائد على الأرض المفـهومة من الكلام ، واسـتغنى المصنف بالضد عن الضد الآخر ، وتقدير كلامـه : بتعريف صلابة الأرض ورخوها وقرب الأرض وبعدها .

ودل قوله (**وبُعْـدِهَا**) على جواز الكراء في أرض غائبة على الصفة كالبيع ، وقد نص عليه في «المدونة» في الدار ولا فرق .

تنبيه :

لم يتكلم المصنف على الوجه الرابع وهو إجارة الدواب للسقي .

قال في «الجـواهر»(١) : ولابد من معرفة قدر الدلاء والعدد ومـوضع البئر وبعد الرشاء إذا كان مبـايناً [للمتعارف فـيها](٢) مباينة بيـنة إلا أن يكون جميع ذلك أو بعضـه معلوماً بالعرف [فيكتفى به](٣) .

---

(١) « الجواهر (٣/ ٦٤) .

(٢) في ط : للمعارف .

(٣) في الجواهر : فيجتزأ به .

وَعَلَى مُكْرِي الدَّابَّةِ الْبَـرْذَعَـةُ وَشِبْـهُهَـا والإِعَانَةُ فِـي الرُّكُوبِ والنُّزُولِ ورَفْعِ الْحِـمْلِ ، وحَطِّهَا بِالْعُرْفِ ...

(الْبَـرْذَعَـةُ) - بالذال المعجمة - وشبهها السـرج والحزام واللجام ونحو ذلك ، ومفهوم قوله : **(بِالْعُرْفِ)** أنه لو لم يكن عرفاً فإن ذلك على المكتري .

وهكذا نقل ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ لكن مفهوم «المدونة» خلافه ، ففيها(١) : ولا بأس أن تكتري من رجال إبلاً على أن عليك رحلتها ، وظاهره لولا الشرط لكان ذلك على رب البعير .

وَإِذَا فَنِيَ الطَّعَامُ الْمَحْمُولُ رُجِعَ فِي بَدَلِه إِلَى الْعُرْفِ

يعـني : إذا أكرى على حمل وزن معلوم أو كـيل من طعام فكان يأكل منه ويعلف فأراد بدل ما نقص وأشكل الحال رجع إلى العرف .

وهكذا قال ابن القاسم في «المدونة»(٢) ، وسكت عن الحكم إذا لم يكن عرفٌ .

وقال غيره : فـإن لم تكن لهم سنة فلهم حمل الوزن الأول إلى غاية الكراء ، وعكس هذا إذا اكترى منه على حمل خمسمائة رطل فحملها وأصابها مطر فزاد وزنها .

قال سحنون : فكأنه ليس هو بعينه ، فلا يلزم إلا حمل خمسمائة رطل ، فإن نقل منه حتى صار إلى الوزن الأول لزمه وإلا فلا .

ويُوَفِّرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْعُرْفِ كَنَزْعِ الثَّوْبِ لَيْلاً وفِي الْقَائِلَةِ

يعني : وإن كان اللفظ يقتضي خلافه ؛ لأن استئجار الثوب شهراً يقتضي بحسب الظاهر استغراق جميع الشهر لكن ترك ذلك للعـرف ، وكذلك الطيلسان ، وينبغي أن يترك لباسه داخل المنزل .

قال ابن عات : قال بعض الشيوخ : الفتـوى إذا اكترى دوابا على حمل متاع وبالطريق نهر لا يجاز إلا بالمركب وقـد عرف ذلك كالنيل فأجرة المـتاع على ربه وأجرة الدواب على ربها ، وإن كان يخاض بالمخائض فاعترضه حملان لم يعلموا به فحمل المتاع على صاحب

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٥٧) .

(٢) « المدونة » (١١/٤٦٧) .

الدواب وتلك جائحة نزلت به وكذلك إن كان النهر شتويا يحمل بالأمطار إلا أن يكون وقت الكراء قد علموا جريه فيكون كالنهر الدائم .

وَلَيْسَ الْخَيْطُ عَلَى الأَجِيرِ مَا لَمْ يَكُنْ عُرْفٌ

أي : بل على رب الثوب إلا أن يكون العرف أن ذلك على الأجير ، وهكذا قال ابن شاس ، وفي بعض النسخ : **(والْخَيْطُ عَلَى الأَجِيرِ)** أي : الخياط ، والجاري عندنا بمصر أن الخيط من الخياط ، ولا يطالب رب الثوب أصلاً إلا أن يكون جرى فإنه تختلف فيه العادة، فقد يطلبه وقد لا يطلبه ، نعم إذا أطلق عقد الإجارة حمل على أنه على الخياط .

قال في «المدونة»[1]: ومن واجرته على بناء دار فالأداة والفؤوس والقفاف والدلاء والماء على ما تعارف الناس أنه عليه ، وكذلك حيتان التراب على حافر القبر ونقش الرحا على ربه .

وَالاسْتِرْضَاعُ لا يَسْتَتْبِعُ الْحَضَانَةَ وَلا الْعَكْسَ

نحوه في «الجواهر»[2]وهو ظاهر ، وقوله : **(وَلا الْعَكْسَ)** أي : والاستئجار على الحضانة لا يستلزم الإرضاع ؛ لأن لكل واحد منهما حقيقة مغايرة للآخر ، فإن عقد عليهما معاً فانقطع اللبن جرى ذلك على مسائل الاستحقاق فإن كان اللبن وجه الصفقة فسخ الجميع .

وَإِذَا كَانَ بِالدَّارِ وَشِبْهِهَا مَا يَضُرُّ كَالْهَطْلِ وَشِبْهِهِ لَمْ يُجْبَرِ الْمَالِكُ ، وَخُيِّرَ الْمُسْتَأْجِرُ ، وَقِيلَ : يُجْبَرُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ لا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى إِلا بِإِزَالَتِهِ أُجْبِرَ ...

شبه الدار الحانوت والحمام ، **(مَا يَضُرُّ)** مما هو في حيز القليل **(كَالْهَطْلِ)** بسكون الطاء؛ وهو تتابع المطر قاله الجوهري[3] .

وشبهه : أي كالصدع وضعف الأساس والهدم اليسير ، و **(لَمْ يُجْبَرِ)** أي : المالك على الإصلاح ، وهذا قول ابن القاسم ، **(وَخُيِّرَ الْمُسْتَأْجِرُ)** بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣١) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ٦٤) .

(٣) « الصحاح » (٢/ ٢٥٢) .

قوله : (وَقِيلَ : يُجْبَرُ) هذا لغير ابن القاسم في «المدونة» .

ابن عبد السلام : والعمل عليه في زماننا .

وقوله : (قِيلَ : إِنْ كَـانَتْ لا تَصْلُحُ لِسُكْنَى... إلى آخره) وهو خلاف فرض المسألة ؛ لأن الكلام في الهطل وشبهه ، لكن المصنف قد تكلم على ما هو أعم من فرض المسألة .

قال صاحب «المقدمات»[(١)]: والهدم في الدار على قسمين : يسير وكثير ، فاليسير على ثلاثة أوجه.

الأول : لا مضرة فيه على الساكن ولا ينقص من كراء الدار شـيئاً كالشرفات ونحوها ، فالاتفاق على أن الكراء لازم ولا يحط عن المكتري منه شيء .

الثـاني : أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ، إلا أن ينقص من قـيمة كراء الدار فهذا يلزمـه السكنى ويحط عنه مـا نقص من قيـمة الكـراء إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمـه إصلاحه ، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء .

الثـالث : أن تكون مضرة على الساكن من غيـر أن يبطل من منافع الدار شيئاً كالهطل وشبهه ، فهذا فيه قـولان ، فذكر القولين على نحو ما قدمناه ، وعلى هذا فكلام المصنف خاص بهذا الحكم الثالث ؛ لأن الحكم في الأولين على خلاف ما ذكره .

وذكر اللخمي أنه إذا كان ذهاب الشرفات ينقص من جمال الدار ، أنه ينقص من الكراء بقدر ذلك .

قال في «المقدمات»[(٢)] : وإن كان الهدم كثيراً لم يلزم رب الدار إصلاح بإجماع ، وهو أيضاً على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يعيب السكنى وينقص من قـيمة الكراء ولا يبطل شيئـاً من المنافع ؛ مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة ، فيبطل تبليطها وتجصيصها فيكون المكتري بالخيار بين السكنى بجـميع الكراء أو يخـرج إلا أن يصلح ذلك رب الدار ، فإن سكت وسكـن لزمه جمـيع الكراء على مذهب «المدونة» ، بخلاف [مذهبه في][(٣)] رواية عيسى [عنه][(٤)] ، وقد قيل : إن الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من الدار وهو بعيد .

---

(١) « المقدمات » (١/ ٤٧٠) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٧١) .

(٣) سقط من ط .

(٤) سقط من ط .

والثـاني : [أن يبطل اليسير من منـافع الدار كالبيت ينهدم][(١)] من بيوتها ، فـهذا يلزمه السكنى ويسقط عنه ما ناب [البيت][(٢)] المنهدم .

والثـــالث : أن يبطل أكثـر منافع الدار أو منفعة البيت هي وجـهها ويكشفـها بانهدام حائطها، وما أشـبه ذلك ، فهذا يخير المكتـري بين السكنى والخروج ، فإن أراد أن يسكن على أن يحط من الكراء ما ينوب المنهدم لم يكن له ذلك إلا برضا ربها ، فإن رضي بذلك جرى على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ، وإن بنى المكري الدار قبل أن يخرج المكتري منها لزمه الكراء ، ولم يكن له أن يخرج ، وإن بناها بعد أن خرج لم يكن له الرجوع إليها إلا أن يشاء ، وإن سكت وسكن الدار مهدومة لزمـه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في «المدونة» خلاف رواية عيسى عنه في «العتبية» .

فَلَوْ قَالَ الْمَـالِكُ : أُصْلِحُ ، وَكَانَ عَلَى الْمُسْتَـأْجِرِ ضَرَرٌ بِطُولِ الْمُدَّةِ أَوْ لا يَحْـتَمِلُ مِنَ الضَّرَرِ خُيِّرَ أَيْضاً ...

فإن طلب رب الدار الإصلاح والتـمادي على عقد الكراء وكـان على المكتري ضرر في ذلك إما بسبب طول المدة وإمـا لكثرة ما انهدم كالتكشـيف على أهله ، فإن ذلك لا يسقط حق المكتري فيـما وجب له من الكراء ، بل يجبر ، كـما إذا قال المالك : أنا لا أصلح ، وهو معنى قوله : (**خُيِّرَ أَيْضاً**) .

وَلَوْ فَسَدَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَالأُجْرَةُ لازِمَةٌ

يعـني : لو فسد الزرع ببرد أو طير أو جراد أو غـير ذلك من الجوائح لزم المكتري جميع الكراء ؛ لأنه قد تسلم جميع المنفعة ، وذلك بمنزلة ما لو غصبه غاصب .

فَلَوْ كَانَ لِكَثْرَةِ دُودِهَا أَوْ فَأْرِهَا أَوْ عَطَشِهَا سَقَطَ الْكِرَاءُ

أي : فلو كان فـساد الزرع من جهة الأرض إمـا لكثرة دودها أو فأرها أو عطشهـا سقط الكراء عن المكتري ، وألحقـوا العطش بالموانع الأرضية وكذلك الغـرق إذا تمادى حتى خرج وقت الزراعة ، أما إن حدث بعد إبانها أو انقطع قبل الإبان فالكراء لازم ، وفي معنى فساد الزرع بسبب العطـش أن يحصل ما لا بال له ، واخـتلف في تحديد هذا القليل ، فـقيل : خمسة فدادين أو ستة من مائة .

---

(١) في ط : أن ينهدم بيت .

(٢) سقط من ط .

وقيل : قدر الذريعة مرة ، وقيل : قدرها مرتين .

وقيل : ينظر إلى الإصابة المتوسطة فما نقص عنها سقط من الكراء بنسبته .

وَلَو انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَاقٍ ، وَالأَمَدُ بَعِيدٌ ، وَكَانَ رَبُّهُ قَدْ عَلِمَ فَلِرَبِّهَا قَلْعُهُ أَوْ إِبْقَاؤُهُ بِالأَكْثَرِ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ كِرَاءِ الْمِثْلِ ...

القول الذي صدر به لابن حبيب والقول بكراء المثل هو مذهب «المدونة» على ما فهمه ، فنذكر أولاً قول ابن حبيب ، ثم نذكر ما في «المدونة» ليتبين لك ذلك .

ابن حبيب : وإن اكترى أرضاً سنة أو سنتين فنفدت ولم يبق منها إلا شهران أو شهر ، وما لا ينتفع به في الزرع فليس للمكتري أن يحدث به زرعاً إلا بكراء مؤتنف ولا يحط عنه لما تقدم شيء ولربها حرثها لنفسه وليس للمكتري منعه ؛ لأنه مضار فإن زرعها المكتري وهو يعلم أن الوجيبة تنقضي قبل تمام الزرع بالأمد البعيد ، فربها مخير إن شاء حرث أرضه وأفسد زرعه أو أقره وأخذ بالأكثر من قيمة الكراء أو كراء الوجيبة ، وإن كان ظن أن الزرع ينقضي عند تمام الوجيبة فزاد عليها الأيام والشهر ونحوه ، فليس لربها قلعه ولربها زيادة المدة على حسب كراء الوجيبة ، فقول ابن حبيب : أو أقره وأخذ بالأكثر إلى آخره ، وهو قول المصنف : **(بِالأَكْثَرِ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ كِرَاءِ الْمِثْلِ)** ونص ابن حبيب على أنه لا فرق في هذا بين أرض الزرع والمباقل.

وقال في «المدونة»(١) : ومن اكترى أرضاً سنة فحصد زرعه قبل تمام السنة ، فأمَّا أرض النهر فمحمل السنة فيها الحصاد وينقضي بذلك فيها ، وأما ذات السقي التي تكرى على أمد الشهور والسنين فللمكتري العمل إلى تمام السنة ، فإن تمت وله فيها زرع أخضر أو بقل فليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه ، وله فيما بقي كراء المثل على حساب ما أكراها منه ، وهكذا اختصرها البراذعي وابن أبي زمنين .

وطرح **سحنون** قوله : على حساب ما أكرى ، قيل : لأنه تناقض ؛ إذ لا يصح كراء المثل على حساب ما أكرى ، وإليه ذهب الشيخ أبو محمد ، واختصرها فقال : وله فيما بقي كراء المثل على ما أكراه .

ورجح ما قاله الشيخ بأن المسألة وقعت في «العتبية» من سماع أبي زيد على ما اختصر

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٨٥) .

الشيخ ، هكـذا في الرواحل في «المدونة» في التعـدي في المسافة ، ورأى ابن لـبابة أنه في «المدونة» ذكر القولين فاختلط ذلك على السامع وظنهما قولاً واحداً .

ودفع عبد الحق[١] وابن يونس ما أشاروا إليه من التناقض على الرواية الأولى وقالا : بل معناها صحيح بأن يقوم كراء الزيادة ، فإن قيل : دينار ، قيل : وما قيمة السنة كلها ، فإن قيل : خمسة ، فقد علمت أنه وقع للزيادة مثل خمس كراء السنة فيكون كراء الأول ومثل خمسه .

وعلى هذا فقـول المصنف : **(وَقِـيلَ : كِرَاءُ الْمِـثْلِ)** هو مـذهب «المدونة» على تأويل سحنون والشيخ أبي محمد وغيرهما .

ولعل المصنف ممن ذهب إلى هذا المذهـب لرجحـانه برواية أبي زيد وبما في الرواحل ؛ فلذلك اقتصر عليه ، لكن لو أراد هذا لقدم هذا القول على الأول .

قال في «المدونة»[٢] بإثر الكلام السابق : وقال غير ابن القاسم : فإن بقي من السنة بعد حصاده مـا لا يتم فيه زرعه فلا ينبـغي أن يزرع ، فإن فعل فعليـه في زيادة المدة الأكثر من كراء المثل ؛ إذ كأنه رضي به ، أو كراء المثل وهو قـول ثالث في المسألة ، وقيده ابن يونس بأن لا يكون ربها عـالماً به ، فإن علم فـتركه فله ، على حـساب الكراء الأول ، كمـا قال الغير في الدابة يكتريها مدة فيتجاوزها .

وَإِنْ كَانَ ظَنَّ تَمَامَهُ فَزَادَ الشَّهْرَ وَنَحْوَهُ فَعَلَيْهِ نِسْبَةُ الْمُسَمَّى ، وَقِيلَ : كِرَاءُ الْمِثْلِ

(وَإِنْ كَـانَ ظَنَّ) تأكيد ؛ أي وإن لم يكـن متعمداً ، بل ظن الزرع يطيـب عند انقضاء الأجل .

وَلَوْ زَرَعَ مَا ضَرَرُهُ أَكْثَرُ مِمَّا هُوَ لَهُ فَلِلْمَالِكِ قَلْعُهُ ، أَوْ أَخْذُ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ مَعَ الْكِرَاءِ..

قد تقدم أنه إذا عين صنفاً جاز أن مثله أو دونه ، وتكلم هنا على ما إذا زرع الأكثر ولا شك أنه متعدٍّ فلذلك كـان للمالك قلعه أو أخذ ما بين القيمتين مع الـكراء الأول ، وكيفية التقـويم ظاهرة لا تخفى عليك ، والقلع مـقيد بما إذا كانت مـدة الزراعة باقيـة ، وأما إن مضت فليس إلا كراء الزيادة مع الكراء الأول ، وهكذا قال صاحب «الجواهر»[٣] وغيره .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ٩٠) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٨٥) .

(٣) الجواهر » (٣/ ٦٥) .

ابن عبد السلام : وإنما له التخيير إذا لم يطب الزرع ، ولو كان بعد طيبه لم يكن له إلا ما بين القيمتين ، وهذا إذا كان بعد الزراعة ، وإن كان قبلها فأراد أن يزرع ما ضرره أكثر وأذن له في ذلك رب الأرض فظاهر «المدونة» جوازه ؛ لأن ذلك يعيب الأرض ، فهو حق آدمي يسقط بالإذن .

وتردد بعض القرويين في جوازه ؛ لأنه كمن نقل الصانع من صنعة إلى صنعة وكمن أراد أن ينقل الحمل من طريق إلى طريق يخالفها ، اختلف إذا استأجر شخصاً في شيء ثم أراد أن يستعمله في غيره فإن كان من جنسه ومثل مشقته جاز وأجرته عليه ، وإن كان من غير جنسه ورضيا بذلك فأجازه ابن القاسم في اليسير وابن حبيب في الكثير ومنعه سحنون فيهما .

واختلف أيضاً إذا أكراه ناحية : هل يجوز أن ينقله إلى مثلها ؟ فأجازه ابن القاسم في «المدونة» بالتراضي ، ومنعه القرويُّون ولو تراضيا .

وقال أشهب : للمكتري ذلك إن تساوى الطريقان ، وإن لم يرضَ ربها فيمكن أن يخرج هذا الخلاف في مسألتهما .

وَلَو اسْتَأْجَرَ لِلْغَرْسِ أَوْ لِلْبِنَاءِ سِنِينَ فَانْقَضَتْ فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ مَقْلُوعاً بَعْدَ إِسْقَاطِ مَا يَغْرَمُ عَلَى الْقَلْعِ وَالإِخْلاءِ ...

يعني : فله أن يأمره بقلع بنائه كما في بناء الغاصب والمعار إذا انقضت مدة الإعارة .

وقيد عبد الحق(١) وغيره هذا بما إذا لم يكن في الشجر ثمر أو كان فيها ثمر غير مأبور وهذا هو الذي له أن يأمره بقلع الزرع .

قال : وإن كان الثمر مأبوراً عند تمام الأمد أجبر رب الأرض على بقائه وعليه قيمة الكراء ؛ لأنه إذا تكلف المكتري القلع أضر به في فساد ثمرته عليه .

واحترز المصنف بقوله : **(لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ)** مما لو استأجرها للزرع ولم يبدُ صلاحه ، فليس لرب الأرض قلعه ولا شراؤه قاله في «المدونة» ، وقال التونسي : الأشبه جواز شرائه للزرع ؛ لأنه قابض له بقبضه الأرض المحتوية عليه ، وحديث النهي عن بيع الثمار قبل بدوِّ صلاحها لا يتناول هذه الصورة ؛ لأنه تجاوز من البائع ، ومسألتنا الضمان فيها من المبتاع للقبض الذي قلناه .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/ ٩٠) .

وقوله : (عَلَى الْقَلْعِ وَالإِخْلاء) يعني : إلا أن يتولاه بنفسه أو عبده .

وَلَوْ حمَلَ عَلَى دَابَّة أَكْثَرَ مماً شرَطَ فَعطبَت، فَإِنْ كَانَ مماً تعْطَبُ بمثْله خُيِّرَ ربُّهَا في قيمَة كراء مَا زَادَهُ مَعَ كرَائه أَوْ قيمتهَا يوْمَ التَّعَدِّي ، كَمَا لَوْ تجَاوزَ الْمَكَانَ وَإِنْ لَمْ تعْطَبْ عَلَى الْمَشْهُورِ وعَلَيْه الْعَمَلُ وَإِنْ كَانَ ممَّا لا تعْطَبُ بمثْله فَلَهُ كرَاءُ مَا زَادَهُ كَمَا لَوْ لَمْ تَعْطَبْ....

لزيادة المكتري صورتان :

إحداهما : أن يزيد في الحمل .

الثانية : أن يزيد في المسافة .

وتكلم المصنف عليهما فذكر أنه إذا زاد في الحمل ؛ فإما أن يزيد زيادة تعطب بمثلها ، أم لا ، ولا فرق في الأول بين أن يزيد في الوزن أو في تفاوت الضرر كما لو حمل مكان حنطة قنطار رصاص .

فقال المصنف : (**إِذَا عَطِبَتْ**) أي : هلكت (**خُيِّرَ رَبُّهَا**) في أخذ كراء ما زاد على الكراء الأول أو أخذ (**قِيمَتِهَا**) .

قال في «المدونة»[1] : ولا كراء له .

ابن يونس : يريد إذا زاد ذلك في أول الحمل ، يعني : وأما إن زاد بعد أن صار نصف المسافة ، فله نصف الكراء الأول وقيمتها يوم التعدي .

وقول المصنف : (**يَوْمَ التَّعَدِّي**) يشمل الصورتين .

قوله : (**كَمَا لَوْ تَجَاوَزَ الْمَكَانَ**) أي : فعطبت ، والتشبيه في مطلق التجاوز ؛ إذ لا فرق هنا - أعني : إذا عطبت - بين أن يزيد في المسافة ما تعطب الدابة في مثلها أم لا ، ولهذا قال : (**وَإِنْ لَمْ تَعْطَبْ**) أي : بمثل هذا التجاوز .

قوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي : المشهور الفرق بين الزيادة في المسافة والقدر ، وأنه لا يفصل في الزيادة في المسافة .

(**وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ**) أي : وعلى المشهور ، وأشار بالعمل إلى ما عليه الفقهاء السبعة من تضمينه في زيادة المسافة ولم يفصلوا .

---

(١) « المدونة » (١١/٤٧٨) .

ونقل ابن يونس عن بعض القرويين أنه يضمن في زيادة الحمل إذا عطبت ، وإن كانت لا تعطب بمثلها كزيادة المسافة ، وهذا هو الشاذ في كلام المصنف .

ابن عبد السلام : وقال المؤلف : إنه يضمن بالزيادة في المسافة عطبت الدابة أو لم تعطب وذكر أنه المشهور وعليه العمل ، انتهى .

وما ذكره المصنف من الضمان بالزيادة في المسافة هو كما ذكرناه إذا عطبت ، أما إن لم تعطب فقال ابن القاسم في «المدونة»[1] : إذا ردها بحالها بعد زيادة الميل أو الأميال أو بعد حبسها اليوم ونحوه لمالك في «الواضحة» : وأياماً يسيرة ، لم يضمن إلا كراء الزيادة .

ابن القاسم : وأما إن كثرت الزيادة أو حبسها أياماً أو شهراً .

ابن حبيب : وأياماً كثيرة كالشهر ونحوه وردها بحالها ، فلربها كراؤها الأول ، والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي أو كرائها فيما حبسها فيه من عمل ، أو حبسها أياماً بغير عمل ما بلغ ذلك ، وإن لم تتغير .

وقال غيره : إن كان ربها حاضراً معه فيما حبسها بحساب الكراء الأول ، وكأنه رضي به ؛ لأنه قادر على أخذها ، وتمادى المكتري منه بالمسمى ، وإن كان غائباً عنه ورد الدابة بحالها فله في الزيادة الأكثر من قيمة كراء الزيادة ونسبة كراء الأول ، عمل عليها شيئاً أم لا ، وإن شاء فله الزيادة يوم حبسها ، والكراء الأول لازم في كل حال .

وبما قررناه - أعني : حمل كلامه في زيادة المسافة على ما إذا عطبت - يندفع قول ابن عبد السلام ، وما ذكره صحيح لكن بشرط أن تكون تلك الزيادة كثيرة أو طال زمان حبسها وانضم إلى ذلك تغيير سوق وشبهه ، ثم استشهد بما في «المدونة» ؛ لأنه يقول : إنما اشترط هذا في «المدونة» إذا سلمت ، ولم يتكلم عليه المصنف .

وقوله في «المدونة» : «أياماً» يحتمل أن يكون قول ابن حبيب تفسيراً لما قال في كتاب الزكاة : يترك للمفلس كسوته الأيام ، وفسرت بشهر ، ويحتمل أن يكون خلافا .

فإن قيل : لا يصح الأول ؛ لأنه يلزم منه التكرار ؛ لأنه حينئذ يصير التقدير : أو حبسها مثل شهر أو شهر .

قيل : لأنه يؤخذ من قوله : «مثل شهر» أن تكون التسعة والعشرون ونحوها مقتضية للتخيير بخلاف الشهر .

---

(١) « المدونة » (١٤/٣٥٧) .

قوله : (**وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا تَعْطَبُ بِمِثْلِهِ**) اسم كان عائد على الحمل الزائد .

وقوله : (**مِمَّا تَعْطَبُ بِمِثْلِهِ**) أي : فعطبت فله كراء الزيادة ، وليس له أن يضمنه قيمة الدابة .

وقوله : (**كَمَا لَوْ لَمْ تَعْطَبْ**) فليس له إلا كراء الزيادة وإن حمل عليها ما تعطب بمثله .

تنبيهات :

الأول : مقتضى كلام المصنف أن الدابة إذا عطبت في زيادة المسافة يضمن مطلقاً ، وهو قول نقله ابن المواز : إنه يضمن ولو بزيادة خطوة .

أبو الحسن : وهو خلاف «المدونة»[1] لأن فيها : يضمن في الميل ونحوه ، وأما مثل ما يعدل الناس إليه في الراحلة فلا ضمان ، ومثله في كتاب الغصب فيمن استعار دابة .

خليل : وقد يقال : ليس هو خلافاً ؛ لأن هذا لما كان الناس يعدلون إليه لم تبق زيادة.

الثاني : قد أشار المصنف إلى الفرق بين الزيادة في الحمل والمسافة في العمل .

وفرق ابن يونس وغيـره بينهما بأن مجاوزة المسافـة تعدٍّ كله ، فلذلك يضمن إذا عطبت في قليله وكثيـره ، بخلاف زيادة الحمل ، فإنه اجتـمع فيه تعدٍّ ومأذون فيـه ، وفيه نظر ؛ لأن الدابة إنما هلكت بمجمـوع التعب الحاصل بسبب التـصرف المأذون فيه السـابق مع عدم المأذون فيه .

الثالث : **اللخـمي وابن يونس** : صفة كراء الزيادة في الحمل إذا وجبت لربها أو اختارها أن يقال : كم يساوي كراء هذه الدابة المحملة حسـبما تعدى ؟ فيكون ذلك لربها مع الكراء الأول .

ابن يـونس : قال بعض الأصحاب : يكون له الكراء الأول وفـضل الضرر كمن أكراها لحمل معين فـحمل أضر منه وأثقل ، فإنه يكون له فضل الضـرر ، وفيه نظر ؛ لأن الذي زاد في الحمل حـمل ما أذن له فيـه وزاد عليه ، فإنما عليـه كراء الزيادة مع الكراء الأول ، والذي حمل غير ما اكـتراها له كمن ركبها في غير الطريق الذي أذن له فـيه فهذا له فضل الضرر ، والله أعلم .

خليل : والكراء على الوجه الأول أكثر منه على الوجه الثاني ؛ لأنه في الأول بقدر ذكر الزيادة والدابة محملة بخلاف الثاني ، والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (١١/ ٤٧٩) .

الرابع : إذا تعدى في المسافة أو في الحمل ، ثم هلكت بعد رجوعه من المكان الزائد وبعد أن زال عنها ما زاده في الحمل ، قال سحنون : لا ضمان عليه ، كرده ما تسلف من الوديعة ، وعليه كراء الزيادة .

وقال ابن الماجشون وأصبغ: إن كانت الزيادة يسيرة فيها فكذلك، وإن زاد كثيراً فهو ضامن .

ابن يونس : وهو أحسن وبه أقول ؛ لأن الزيادة اليسيرة يعلم أنها لا تُعين على هلاكها بخلاف الكثيرة ، فإنها التي أعانت على هلاكها ، والله أعلم .

وَتَنْفَسِخُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ كَمَوْتِ الدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ ، وَانْهِدَامِ الدَّارِ وَيُحْسَبُ مَا مَضَى ...

لما فرغ من الأحكام المتعلقة بالإجارة شرع في الطوارئ عليها ، وهذا كما يقولون : كل عين تستوفى منها المنفعة فهلاكها يفسخ الإجارة .

واحترز بـ (**الدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ**) من المضمونة ، ولم يذكر المصنف التعيين في الدار ؛ لأن كراء الدور لا يكون إلا معيناً كما تقدم .

(**وَيُحْسَبُ مَا مَضَى**) أي : فيكون لرب الدار والدابة بحسابه على حسب القيمة .

وَلَوْ سَكَنَ أَلَمُ السِّنِّ أَوْ عَفَا مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ انْفَسَخَتْ

هذه المسألة وقعت في بعض النسخ ، ومعناها : أن من استؤجر على أن يقلع لرجل سنا أو استؤجر على أن يستوفي القصاص من رجل آخر ، فسكن ألم السن أو عفا من له القصاص ، فالإجارة تنفسخ ، والمعنى فيهما واحد .

وَأَمَّا مَحَلُّ الْمَنْفَعَةِ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَلْزَمُ تَعْيِينُهُ كَالرَّضِيعِ وَالْمُتَعَلِّمِ فَكَذَلِكَ ، وَإِلا لَمْ تَنْفَسِخْ عَلَى الأَصَحِّ كَثَوْبِ الْخِيَاطَةِ ...

القاعدة هنا أن كل عين تستوفى بها المنفعة ، فهلاكها لا يفسخ الإجارة على المشهور ، إلا في أربع مسائل ؛ وهي صبيَّانِ ، وفرَسَانِ : صبيا للتعليم والرضاعة ، وفرساً للنزو والرياضة .

وذكر المازري أن أهل المذهب ألحقوا خامسة ، وهي إذا استأجر على أن يحصد أرضه وليس له غيرها ، أو يبني له حائطاً كذلك ، ثم حل مانع من ذلك .

قال : وزاد الشيخ أيضاً الخياط والحائك إذا دفع إليه ثوباً ليعمله ، وكان للباس لا للتجارة وليس عنده غيره ، وكذلك أيضاً تنفسخ في المسألتين السابقتين .

وألحق الباجي بها الطبيب يؤاجر على معاناة العليل مدة فيموت قبلها ، وألحق أيضاً بعضهم بها ما إذا استؤجر على الجواهر النفيسة ليصنع بها شيئاً ثم هلكت ، والعلة فيها كلها تعذر الخلف غالباً .

وقوله : **(عَلَى الأَصَحِّ)** نحوه في «الجواهر»[١] قال : ولو هلك الثوب المستأجر على خياطته ، كان له أن يبدله بغيره على الظاهر من المذهب ، قال عبد الوهاب[٢] : والظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين بالإجارة ، وأنه إن عين فذلك بالوصف .

وفي «المقدمات»[٣] : والمشهور انفساخ الإجارة إذا تلف ثوب الخياطة ، ولعل مراده إذا كان للباس كما تقدم .

وَلَو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ ، وَشَرَطَ أَنَّهُ إِنْ وَجَدَ حَاجَتَهُ دُونَهَا حَاسَبَهُ جَازَ ؛ لأَنَّ ذَلِكَ كَالْخِيَارِ ...

هكذا قال مالك في «العتبية»[٤] و «الموازية» بشرط أن لا ينقد ؛ لأنه إن نقد يؤدي إلى أنه تارة ثمناً وتارة سلفاً .

وهو مثل ما في « المدونة » في الذي يستأجر الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً ، على أن المستأجر متى شاء أن يترك ترك : أن ذلك جائز إذا لم ينقد ، ومنعها سحنون للجهل في الكراء والإجارة .

قال في «البيان»[٥]: والجواز هو الأظهر ؛ لأنه بمنزلة ما لو قال : أبيعك من صُبرتي ما شئتَ ، كل قفيز بدرهم .

ووافق سحنون على الجواز في كراء الدار سنة ، على أنه إن خرج قبلها حاسبه .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٧١) .

(٢) نقله في « الجواهر » (٣/ ٧١) .

(٣) « المقدمات » (١/ ٤٧٢) .

(٤) « البيان والتحصيل » (٩/ ٢٤) .

(٥) « البيان والتحصيل » (٩/ ٢٤) .

وقال فضل : إنما منع سحنون مسألة «المدونة»؛ لأنه كراء بخيار إلى أمد بعيد .

قال : وليس كما قال : لأن الخيار إنما هو الآن ، وكلما مضى من الشهر شيء كان الخيار فيما بقي ، وليس كالسلعة التي يشتريها على أنه بالخيار فيها مدة طويلة ؛ لأنه يحتاج في توفيتها إلى انقضاء أمد الخيار ، فلذلك لا يجوز ، وليس ذلك في الإجارة والكراء ، إلا أن يكتري الدابة على أن يكريها بعد شهر ، أو يستأجر الأجير على أن يخدمه بعد شهر، على أنه بالخيار في الإجارة والكراء .

وقوله : **(إِلَى مَكَانٍ)** فيه حذف صفة ؛ أي : معين .

وَتَنْفَسِخُ بِغَصْبِ الدَّارِ وَغَصْبِ مَنْفَعَتِهَا أَوْ بِأَمْرِ السُّلْطَانِ بِإِغْلَاقِ الْحَوَانِيتِ

الثاني : من الطوارئ الموجبة للفسخ : غصب الدار أو غصب منفعتها ، أو بأمر السلطان بإغلاق الحوانيت .

ووجهه أن المكتري منع من استيفاء المنفعة ، فوجب الفسخ كالنكاح ، وكما لو انهدمت الدار ، وما ذكره المصنف هو المشهور .

ونقل ابن حارث عن سحنون : أن المصيبة من المكتري ، وهو بعيد ، ولا يقال : يجري على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر لانتقاضه بإجماعهم على الفسخ بالهدم .

ولابن حارث ثالث بالفرق : إن غصبت رقبة الدار فمن المكري ، وإن غصبت السكنى فمن المكتري ، وهو أيضاً بعيد ، وينبغي أن يكون هذا الخلاف مقصوراً على ما إذا غصبت المنفعة أو الرقبة بعد قبض المكتري إياها ، وأما لو كان ذلك قبل القبض ، فتكون المصيبة من المكري ؛ لأن المكتري لم يتمكن من القبض .

تنبيه :

وقع لابن القاسم وعبد الملك في «المجموعة» : إن اغتصبها منه رجل فالكراء على المكتري ، إلا أن يكون سلطان ليس فوقه سلطان لا يمنع منه إلا الله تعالى ، وعدَّهُ في «البيان» وفاقاً لقدرة المكتري على دفع من دونه .

وَلا تَنْفَسِخُ بِإِقْرَارِ الْمَالِكِ

يعني : أن الإجارة بعد انعقادها لا تنفسخ بإقرار المكري لأجنبي في الرقبة أنه باعها له ، مثله : إذا أنكر ذلك المكتري ولا بينة ؛ لأنها على قصد الكراء ، وسماه المصنف مالكاً

باعتبار الحكم ، لكي يقبل إقراره على نـفسه ، ثم لا يخلو إما أن يكون إقراره بفور الكراء أو لا ، فإن أقر بفـور الكراء فالمقر له بالبيع يخـير بين أربعة أشياء : الفـسخ إن كان الثمن أكثر من القيمة ، أو أخذ القيمـة إن كانت أكثر ؛ لأنه حال بينه وبين قبض المبيع ، أو أخذ ما أكريت به ، أو قيمة الكراء إن كانت أكثر .

وإن أقر بذلك بعد انقضـاء المدة لم يكن للمشتري مقال في رده البـيع ، وكان له الأكثر من كراء المثل أو المسمى ، هكذا ذكر اللخمي في كراء الرواحل .

وَلَوْ حَبَسَ الثَّوْبِ أَوِ الدَّابَّةَ الْمُدَّةَ الْمُعَيَّنَةَ ثَبَتَتِ الأُجْرَةُ إِذِ التَّمْكِينُ كَالاسْتِيفَاءِ

أي : التمكين من الانتفاع كاستيفائها .

فَلَوْ زَادَ فَثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ الْمَالِكُ حَاضِراً فَنِسْبَةُ الْمُسَمَّى وَإِلا فَالأَكْثَرُ

يعني : فلو زاد المكتري على مدة الكراء ، فاختلف فيما يلزم المكتري على ثلاثة أقوال :

الأول : نسبة المسمى، حضر المالك أو غاب .

الثاني : عليه الأكثر من نسبة المسمى وكراء المثل ، وهذا القول حكاه ابن المواز هكذا .

والثـالث : إن كان المالك حاضراً معـه بالمصر ، فيكون له كراؤها في هذه المدة بحسب الكراء الأول ، ويعد راضياً به لما كان قادراً على أخذها وتركها ، وإن لم يكن حاضراً فعليه الأكثر ، وهذا لغير ابن القاسم في «المدونة» .

ولم يذكر المصنف مذهب ابن القاسم فيها أن عليه كراء المثل مطلقاً .

فإن قلت : هلاَّ جعلت هذا هو القول الثاني في كلام المصنف كما قال ابن عبد السلام؟

قـيل : لأن ذلك يخالف اصطلاحه ؛ إذ قاعدته أنه يجـعل عجز القول الثالث هو القول الثاني .

وَفِي إِسْقَاطِ بَعْضِه بِتَقْدِيرِ الاسْتِعْمَالِ قَوْلانِ

أي : بعض الأجر ، وفي بعض النسخ **(نَقْصِه)** أي : نقص الاستعمال .

ومعنى كلامه : أنه إذا لم يستعمل الثوب أو الدابة في الزائد على المدة المعينة ، فاختلف في إسـقاط بعض الكراء عـلى تقدير الاسـتعمـال على قولـين : مذهب ابن القـاسم في «المدونة» : السقوط ، واختلف عليه في كيفيـة التقويم ، فقيل : يقال : كم كراء مثل هذا

الثوب شهراً ملبوساً ؟ فيقال مثلاً : عشرة ، فيقال : وكم ينقصه اللبس ؟ فيقال مثلاً : خمسة ، فيقال : على الذي حبسه خمسة ؛ لأنه كأنه استأجره بعشرة رد عليه في الثوب منها خمسة .

ابن يونس : وفيه نظر ؛ إذ قد ينقصه اللبس والركوب في مدة حبسه قدر كرائه ، فيؤدي إلى أن لا يغرم شيئاً وهو قد حبس تلك المنافع ، وإنما يقال : بكم يكرى هذا الثوب على أن لا يلبس، وهذه الدابة على أن لا تركب؟ فما قيل يساوي كراؤه وجب عليه غرمه.

وللخمي نحو ما اختار ابن يونس ، والقول بعدم الإسقاط لعدم الاستعمال هو ظاهر قول غير ابن القاسم في أكرية الرواحل ، أن عليه العمل من كراء المثل ونسبة المسمى ، عمل عليها شيئاً أم لا .

وَلَوْ كَانَتِ الْمُدَّةُ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَحَبَسَهَا فَكَذَلِكَ وَالْكِرَاءُ الأَوَّلُ بَاقٍ

ولو كانت مدة الإجارة غير معينة ، بل اكترى دابة على أن يذهب عليها إلى موضع كذا أو يحمل عليها شيئاً ولم يذكر أياماً بأعيانها ، فحبسها المكتري عنده ولم يخرج بها ، لزمه في مدة حبسها ما ذكره المصنف فوق هذا على القولين ، والكراء الأول باقٍ .

فإن قلت : فقد قال المصنف أولاً ، وإذا لم يعين ابتداء المدة حمل من حين العقد ، فينبغي أن ينفسخ في غير المعين كالمعين .

قيل : لعل قوله : «من حين العقد» محمول على الحكم ؛ أي : لو رفعه إلى الحاكم فحكم عليه بأخذها والانتفاع بها حتى لو ترك حينئذٍ لزمه الكراء ويصير كالمعين .

ولعله في هذه المسألة لم يرفعه ، هكذا ظهر لي ، فتأمله .

وَلَوْ أَخْلَفَهُ رَبُّ الدَّابَّةِ لَمْ تَنْفَسِخْ وَلَوْ فَاتَ مَا كَانَ يَرُومُهُ إلا إِنْ كَانَ اكْتَرَى يَوْماً بِعَيْنِهِ ، بِخِلافِ الْحَجِّ لأَنَّ الأَيَّامَ فِي الْحَجِّ مُتَعَيِّنَةٌ ...

(لَمْ تَنْفَسِخْ) هو مذهب «المدونة»[1] ففيها : قال مالك : في الدابة بعينها يكريها ليركبها إلى غد فيغيب ربها ، ثم يأتي بعد اليومين والثلاثة ، فليس له إلا ركوبها .

(وَلَوْ فَاتَ مَا كَانَ يَرُومُهُ) أي : يقصده من تشييع شخص أو تلقي رجل أو نحو ذلك .

وعلل ابن المواز ذلك بأنه كاشتراء سلعة بعينها يدفعها من الغد أو مضمونة ، فمطله

---

(١) « المدونة » (١١/ ٥٠١) .

بذلك حتى فاته ما يريد فلا حجة له ، وإنما له السلعة ، وقاله مالك في الأضاحي : إذا أسلم فيها فيؤتى بها بعد أيام النحر ، أنها تلزمه .

قوله : (**إِلا أَنْ يَكُونَ اكْتَرَى يَوْماً بِعَيْنِه**) يعني : فأخلفه المكتري ، فإنه يفسخ .

ابن المواز : ولا يجوز فيه ولا في الحج التمادي ، وإن رضيا .

وقوله : (**بِخلاف الْحَجِّ**) راجع إلى قوله : (**لَمْ تَنْفَسِخْ**) .

قوله : (**لأَنَّ الأَيَّامَ فِي الْحَجِّ مُتَعَيِّنَةٌ**) هو تعليل ابن المواز .

اللخمي : وإذا تغيبت الجمال يوم خروجك إلى الحج فالكراء منفسخ .

وقال في «الموازية» : لا ينفسخ .

وقال غيره : في غير الحج ينفسخ ، قال : والفسخ في كلا الموضعين ؛ فإنه لا يختلف أنه لو رفعه إلى الحاكم لفسخه عنه لما عليه من الضرر في الصبر .

وَلَوْ آجَرَ مُسْتَحِقُّ الْوَقْفِ وَمَاتَ قَبْلَ مُدَّتِهَا فَفِي انْفِسَاخِهَا قَوْلانِ

إذا أكرى مستحق الوقف بالنقد لم يجز إلا السنة والسنتين ، ويجوز له أن يكري لما شاء من السنين وإن طالت المدة إذا كان الكراء منجماً ، فكلما حل نجم أخذ كراءه وقدم له كراء نجم آخر ، فإن مات قبل انقضاء المدة ، فقال ابن شاس[١] : إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة وقبل انقضاء المدة ، انفسخت الإجارة في باقي المدة ؛ لأنه تناول بالإجارة ما لا حق له فيه ، وقيل : إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزمه باقيه .

ابن راشد وغيره : والأول أصح .

و (**مُسْتَحِقُّ الْوَقْفِ**) هو المحبس عليه .

وَلَوْ آجَرَ الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ مُدَّةً فَبَلَغَ قَبْلَهَا انْفَسَخَتْ فِي الْبَاقِي

الولي يعم الأب والوصي والمقدم .

(**فَبَلَغَ قَبْلَهَا**) أي : قبل انقضائها ، على حذف مضاف .

(**انْفَسَخَتْ**) الإجارة (**فِي الْبَاقِي**) أي : في باقي المدة ، وهكذا قال في «المدونة»[٢] ، وظاهره أن بنفس البلوغ يخرج من الحجر .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٧٢) .

(٢) « المدونة » (١١/ ٥٠٢) .

عياض : ولا يختلف أن هذا لا يكون في الوصي ، ولا في الأب على المعروف كما تقدم ، ولهذا قيد ابن القاسم ويحيى بن عمر المسألة بأن يبلغ رشيداً .

إِلا أَنْ يَظُنَّ أَنَّهُ لا يَبْلُغُ فِيهَا فَيَلْزَمُ إِنْ كَانَ الْبَاقِي يَسِيراً كَالشَّهْرِ

يعني : أنها لا تنفسخ إلا باجتماع شرطين : أن يظن أن الصبي لا يبلغ قبلها ، وأن يبقى من المدة يسير .

قال في «المدونة»[1] : كالشهر ويسير الأيام .

تنبيه :

أخذ من هذه المسألة جواز مؤاجرة الأب والوصي لليتيم .

عياض : وهو المشهور في الأب والمتفق عليه في الوصي .

وفي «المتيطية» في باب النفقة : للأب أن يؤاجر الصغير للنفقة عليه ، كان الأب غنيا أو فقيراً ، وبه قال غير واحد من الموثقين .

وقال بعض الفقهاء : إذا كان الأب أو الابن غنياً ، لم يجز أن يؤاجره ، ونحوه لمالك في «الموازية»: ويسلّم لتعليم القرآن أو تجارة ونحوها مما يليق به ، وهل للأب أن ينتفع بفاضل خراجه عن نفقته ؟

منعه غير واحد من الموثقين ، وأجازه أصبغ في «الثمانية»، ونحوه لابن لبابة في «أحكام ابن بطال» .

فَلَوْ كَانَ رَبْعَهُ وَدوَابَّهُ فَقِيلَ : مِثْلُهُ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُ وَلَوْ كَانَ الْبَاقِي كَثِيراً

القولان في «المدونة»[2] ؛ الأول لغير ابن القاسم ، والثاني لابن القاسم .

ونصها : وإن أكرى ربعه ودوابه ورقيقه سنين واحتلم بعد مضي سنة ، فإن كان يظن أن مثله لا يحتلم في تلك المدة فحصل الاحتلام وأُنس منه الرشد - فلا فسخ له ، ويلزمه باقيها ؛ لأن الوصي صنع ما يجوز ، وقال غيره : لا يلزمه إلا فيما قل .

قال ابن القاسم : وإن عقد عليه إجارة يعلم أنه يبلغ قبله ، لم يلزمه في نفسه إلا فيما

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٤) .
(٢) « المدونة » (١١/ ٥٠٣) .

يملك من ربع أو غيره ، وكذلك الأب ، والفرق على قول ابن القاسم بين ربعه ونفسه شدة الضرر في النفس .

ابن عبد السلام : واختار بعضهم قول ابن القاسم ، إلا أنه قيده بشرط أن لا يكون الوصي فعل ذلك من أجل حاجته إلى الإنفاق عليه في زمان إن لم يفعل باع تلك الأرض والدار ، فيلزم حينئذٍ ولو طالت المدة .

وَرَبْعُ السَّفِيهِ الْبَالِغِ سَنَتَيْنِ أَوْ ثَلاثاً يَمْضِي وَإِنْ رَشَدَ ، وَقِيلَ: فِي السَّنَةِ وَنَحْوِهَا فَقَطْ

أي : وفي إجارة ربع السفيه .

وقوله : **(وَإِنْ رَشَدَ)** أي : قبل انقضائها ، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة»[(١)] ، قال: لأن الوصي عقد ما يجوز له ، ولأنَّ الرشد لا تعلم له غاية .

وقوله : **(وَقِيلَ: فِي السَّنَةِ)** أي : أنه لا يمضي إلا في السنة ، وهو قول غيره فيها ، قال : لأنه جل كراء الناس .

وَلا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِعِتْقِ الْعَبْدِ ، وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ عَبْدٍ حَتَّى تَنْقَضِيَ ، وَأُجْرَتُهُ لِسَيِّدِهِ إِنْ كَانَ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَ الْمُدَّةِ ...

يعني : لو آجر عبده سنة ، وفي معنى ذلك إذا أخدمه سنة ثم أعتقه قبل السنة ، لم تنفسخ الإجارة بسبب عتق العبد لتعلق حق المستأجر والمخدم .

وقوله : **(وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ عَبْدٍ)** يريد : في شهادته والقصاص منه وله ، ولا يريد أنه يساوي العبيد في جميع أحكامهم ، ألا ترى أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أمة ؟

وقوله : **(حَتَّى تَنْقَضِيَ)** أي : الإجارة ، قال في العتق الثاني من «المدونة»[(٢)] : إلا أن يترك المستأجر أو المخدم للعبد بقية الخدمة ، فيعجل عتقه .

اللخمي : وقيل في هذا الأصل : لا يعجل عتقه ؛ لأن للسيد حقا في الجناية عليه قبل السنة .

خليل : وهذا إنما يأتي إذا أراد السيد أنه حر بعد السنة ، وأما إن أراد أنه ينجز عتقه ،

---

(١) « المدونة » (١٥/ ٥١) .

(٢) تهذيب المدونة » (١/ ٤٨٣) .

فإن الظاهر أن أرش الجناية للعبد والله أعلم .

قوله : **(وَأُجْرَتُـهُ لِسَيِّدِه... إلى آخره)** فقال أشهب : ويحلف على ذلك ، فإن نكل كانت الأجرة للعبد .

وَلا تَنْفَسِخُ بِفِسْقِ الْمُسْتَأْجِرِ كَشُرْبِهِ وَسَرِقَتِه وَإِنْ لَمْ يَكُفَّ أَجَّرَهَا الْحَاكِمُ عَلَيْـهِ كَبَيْعِهَا لَوْ كَانَتْ مِلْكاً ...

أي : لا تنفسخ الإجارة بفسق المستأجر .

اللخمي : وأرى أن يخرج إن لم يتيسر كراؤها من يومه أو نحوه ، وتخلى حتى يأتي من يكتريها ، فإن لم يأتِ مكترٍ حتى خرج الشهر لزمه كراؤها .

وقوله : **(كَبَيْعِهَا لَوْ كَانَتْ مِلْكاً)** وهو لمالك في «الواضحة» : أن الفاسق إذا أعلن بفسقه في داره أنه يعاقب على ذلك وإن لم ينته باع الإمام عليه .

اللخمي : وأرى أن يبدأ بعقوبته فإن انزجر وإلا أكريت عليه ، وإن لم ينته وكان يؤذي الجيران ويقول : آتي لداري ونحوه ، بيعت عليه .

وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْمَالِكِ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ

يعني : أنه يجوز للمالك أن يستأجر من المستأجر ما كان استأجره منه من ربع أو حيوان، وعلى هذا فـ **(اسْتِئْجَارُ)** مصدر مضاف إلى الفاعل .

وَيَقُومُ الْوَارِثَانِ مَقَامَ الْمُسْتَأْجِرَيْنَ

يعني : أن الإجارة لا تنفسخ بموت المالك ولا المستأجر ، بل يقوم ورثة كل واحد منهما مقامه ؛ لأن من مات عن حق فلورثته .

ابن عبد السلام : وجمع المصنف في تثنية المستأجرين اسم الفاعل واسم المفعول وهو غير جائز ؛ إذ ليس ذلك ضم اسم إلى مثله .

ورد بأن كل واحد منهما مستأجر في المعنى ؛ لأن الاستئجار طلب الأجر وكل منهما طالب له .

وَإِذَا عَطِبَت السُّفُنُ أَوْ عَرَضَ مَا يَمْـنَعُ مِنَ الْبَلاغِ فَقَـالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَـاسِمِ : هُوَ عَلَى الْبَلاغِ وَلا شَيْءَ لِرَبِّهَا وَلَوْ غَـرِقَتْ بِالسَّاحِلِ ، ابْنُ نَافِعٍ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْبَرِّ مَـا سَارَتْ فَلِرَبِّهَا بِحِسَابِهِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : إِنْ أَدْرَكَ مَـأْمَناً يُمْكِنُ السَّفَرُ مِـنْهُ وَحَاذَاهُ فَكَالْبَرِّ ، وَإِلا فَـعَلَى الْبَلاغِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا جِعَالَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ أَوْ تَنْقَسِمُ ...

كلام المصنف في هذه المسألة ظاهر التصور ؛ لأنه عـزا الأقوال ووجهها ؛ يعني أن قول مالك مبني على أنها جعالة فلا يستحق الجعل إلا بتمام العمل كغيره من صور الجعل .

وقول ابن نافع على أنها إجارة فيأخذ بحسابِ ما صار كالدَّوَاب .

وروى أَصْبَغُ أنها إجارة إن أدرك مأمناً يمكن السفر منه وجعالة إن لم يمكن .

واستـشكل بناء المصنف الأول على الجعالة ؛ لأن الجـعالة لا تلزم بالعقد وكـراء السفن يلزم بالعقد عند مـالك وابن القاسم ، فأولى أن ينبني على أنها إجارة على البـلاغ كما في «المدونة» ، وقول مالك مقيد بقيدين :

أولهـما : أن لا ينتفع بحمالته ، وقد نقل سحنون عن ابن القاسم في من اكترى سفينة من الإسكندرية إلى الفسطاط فغرقت في الطريق واستخرج نصف القمح وجعله في غيرها، أنَّ لرب السفينة الأولى كراء ما يخرج من القـمح بقدر ما انتفع به ببلوغه إلى الموضع الذي غرقت فيه ، وقـاله سحنون في كتاب ابنه وشبهها بمـسألة حفر البئر يحفر بعـضها ثم يترك وتكمل فإنه يعطى الأول بقدر ما انتفع به رب البئر .

القيـد الثاني : قيد يحيى بن عمر قوله : (**غَرِقَتْ بِالـسَّاحِلِ**) بما إذا لم يكن من أرباب المتاع تفريط في نقل المتـاع ، وأما إن فرطوا لزمهم الكراء ، وكذلك لو أخـذوا في التفريغ فركبهم الهول ومنعهم منه حتى غرقت لكان الكراء على من سلم متاعه دون من لم يسلم.

وقوله : (**عَرَضَ**) بفتح الراء ، **الجوهري** : ومعناه ظاهر ؛ أي : من ريح أو قلة ماء أو نحو ذلك وفي المسألة قول رابع : إن كان سيرهـم عرضاً فهو البلاغ ، وإن كان طولاً فلهم بحساب ما ساروا .

وَإِذَا خِيفَ عَلَى الْـمَرْكَبِ الْغَرَقُ جَـازَ طَرْحُ مَا يُرْجَى بِهِ نَجَـاتُهَا غَيْـرَ الآدَمِيِّ بِإِذْنِهِمْ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ وَيَبْدَأُ بِمَا ثَقُلَ جِسْمُهُ وَعَظُمَ جِرْمُهُ ...

(**الْمَـرْكَب**) بفتح الميم والكاف ومراده بالجـواز الوجوب ؛ لأن حفظ النفوس واجب ،

وعبر المصنف بعبارة الأكثرين هنا ؛ وذلك أن إتلاف المال لغير فائدة حرام والجواز هو المقابل للتحريم ، فإن أرادوا رفع التحريم رفعوه بالجواز .

قوله : (مَا يُرْجَى بِهِ نَجَاتُهَا) أي من حيوان بهيمي وعرض ، ولما كان الطرح واجباً لإحياء نفوسهم لم يحتج إلى إذن المالك .

وقوله : (غَيْرَ الآدَمِيِّ) قد تقدم في باب الجهاد أن اللخمي انفرد بجواز الطرح بالقرعة ويبدأ بما ثقل جسمه وعظم جرمه ، وإن لم يثقل كأعدال القطن ونحوه ، ويبدأ بهذا ؛ لأنه المحتاج إلى طرحه ، ولأنه بطرح ذلك يسلم ما هو أرفع .

وَيُوَزَّعُ عَلَى مَالِ التِّجَارَةِ مِمَّا يُطْرَحُ أَوْ مِمَّا لاَ يُطْرَحُ عَبِيداً أَوْ نَاضا أَوْ جَوْهَراً

أي : يوزع المطروح فيكون من رمى له شريكاً بما يحاسب له في السالم في النماء والنقص .

ابن القاسم : حتى يكون ما يطرح وما يسلم كأنه لجميعهم .

ابن زيد : فإن كانت قيمة ما رمي كقيمة ما سلم ، فلمن رمي متاعه نصف السالم ، وإن كانت قيمته نصف قيمة السالم فله ثلث السالم ، ولا شركة بين من لم يرم لهم بعضهم على بعض .

وقوله : (عَبِيداً أَوْ نَاضا أَوْ جَوْهَراً) يعني : يوزع على جميع مال التجارة وإن كان ذلك المال لا يطرح وهو العبيد أو قليل الجرم ، وهكذا قال ابن حبيب: إن كان معه دراهم أو دنانير يريد بها التجارة فهي داخلة في الشركة .

وقال ابن عبد الحكم وابن أبي زمنين : من كان معه عين فلا يلزمه شيء من قيمة ما طرح .

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمَرْكَبَ وَعَبِيدَهُ لا يَدْخُلُ

هكذا قال ابن عبد الحكم : أجمع أصحابنا على أن المركب وعبيده لا يدخل في شيء من حكم الطرح ، وقوله : (وَالْمَذْهَبُ) إما تبرياً منه ، إذ بالطرح سلم الجميع ، وإما إشارة إلى الخلاف ، ويكون بمنزلة قوله : المنصوص ، فابن حبيب نقل عن سحنون أن المركب يدخل فأحرى عبيده .

وسئل ابن أبي زيد عن مركب كان مرسىً بالمهدية فأخذه هول فنقر بقاعه قاع البحر ،

فخيف عليه أن يهلك فرمى منه التجار بعض ما فيه ليخف ولا يصل إلى قاع البحر فذهب الهول وخلص المـركب ، فأراد أصحـاب المتاع أن يدخلوا المركب في قـيمـة ما طرح وأبى صاحب المركب ، فقال : إذا رمي خوفاً على المركب دخل في القيمة .

وَمَا لَيْسَ لِلتِّجَارَةِ كَالْعَدَمِ طُرِحَ أَوْ لَمْ يُطْرَحْ

يعني إن طرح فلا شيء لصاحبه ، وإن لم يطرح فلا شيء على ربه ، ونقل على ذلك الاتفاق .

ابن عبد السلام : ولا يبعد تخريج الخلاف من الخلاف الذي في المركب وعبيده .

وهو قول أهل العراق وهو الذي مال إليه ابن يونس وقال : إنه القياس ؛ إنه لا فرق بين عروض التجارة وعروض القنية في التوزيع .

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْرُوحِ مَتَاعُهُ فِي مَا يُشْبِهُ

لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته وظاهره أنه يصدق في ثمنه وفي صفته ومقداره ، وفي ذلك تفصـيل ، أما الثمن فقـال ابن القاسم : هو مصـدق بيمينه في تلف متـاعه المطروح والسالم ما لم يأت بما يستنكر ويتبين كذبه فيه .

وقال سحنون : القول قوله بغير يمين إذا ظهر صدقه ، إلا أن يتهم فيحلف .

وأما الصـفة فقال ابن أبي زيد : إذا ادعى صـاحب المتاع أن صفـته كذا وكذبه البـاقون فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإن جهلوا فالقول قوله مع يمينه .

وأما قدره فإذا ادعى المطروح له الكثيـر وقال رب المركب : لم يستحق عندي إلا أقل ما ادعى ، فقيل : يرجع إلى ما في التنزيل ؛ لأن أمر الناس جرى إليه ، وما كان داخل المتاع مما يخفى ذكره في التنزيل فـالقول قول صاحب المتاع فيـه مع يمينه إذا أتى بما يشبه أن يملك مثله .

وخالفه ابن يونس فيما لم يكتبه في التنزيل ورأى أنه مدعٍّ فيه ، قال : وقد ظلم نفسه؛ إذ لم يكتبه فيجب أن لا يصدق .

فرع :

فإن زعم رب السـفينة أنه رمى بعض ما فـيها لهول أصـابه وكذبه أصحابه ، فـقال أبو

سعيد ابن أخي هشام : هو مصدق في العروض في قول ابن القاسم ، ولا يصدق في الطعام إلا ببينة .

وَفِي صِفَةِ التَّوْزِيعِ أَرْبَعَةٌ : بِقِيمَتِهِ وَقْتَ التَّلَفِ ، وَأَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ ، وَمَكَانِ الْحَمْلِ ، وَمَا اشْتُرِيَ بِهِ ...

القول باعتبار قيمته وقت التلف رواه أشهب ؛ أي في موضع طرح فيه في البحر .

والقول باعتبار قيمته في أقرب المواضع ذكره ابن شاس(١) ولم يعزه ، وعلله بأنه لا قيمة له في محل التلف .

ابن عبد السلام : ولعل الأول يرد إليه ؛ إذ قد لا تكون له قيمة حين التلف .

والقول باعتبار قيمته في (**مَكَانِ الْحَمْلِ**) أي : مكان حمل منه لمالك في «المختصر» .

وقال مالك في موضع آخر من «المختصر» : قيمته في موضع يحمل إليه .

والقول بـ (**مَا اشْتُرِيَ بِهِ**) لابن القاسم من رواية أصبغ في «الواضحة» وقيده في الرواية بأن يكون الشراء لا محاباة فيه ، قال : وهذا إن اشتروه من مكان واحد ، وأما إن كان اشتراؤه من مواضع شتى أو فيهم من اشترى ومن لم يشتر وقد طال مكث شرائه حتى حالت سوقه قوم الذاهب والسالم بالموضع الذي ركبوا منه يوم يركبوا ، ثم يكونون بتلك القيمة شركاء في السالم ، قال : وقول جميع أصحاب مالك كذلك في «العتبية» عن ابن القاسم .

ابن عبد السلام : والأقرب هو الأول مقيد بالقول الثاني ، وكيف يكونون شركاء بقيمته يوم حملوه ، ولو ضاع مال أحدهم قبل هول البحر لم يضمنوه ؟ ولا يحسن أيضاً وأن يضمنوه بقيمته في الموضع المحمول إليه مع اتفاقهم أنه إن هلك قبله فمن ربه .

وَالْمُسْتَأْجِرُ أَمِينٌ عَلَى الأَصَحِّ

أي : فلا ضمان عليه كان المستأجر عليه مما يغاب عليه أم لا .

ومقابل الأصح أثبته اللخمي وغيره كالمصنف ، وذكر اللخمي أنه في «كتاب ابن سحنون»، وقال أشهب في الجفنة يدعى ضياعها : إنه ضامن ، وأنكر ابن المواز أن تكون

---

(١) « الجواهر » (٧٣/٣) .

الرواية هكذا وقال : وإنما الرواية في دعواه الكسر ؛ لأنه يقدر على تـصديق نفسه بإحضار الفلقتين وأما الضياع فيصدق ، ولهذا قال مالك في رواية أخرى : وأين الفلقتان ؟

ابن المواز : إلا أن يقول سرقت مني الفلقتان أو تلفتا .

وحكى صاحب «البيان»[1] الاتفاق على نفي الضمان قال : فلا أعلم فيه خلافاً إلا ما لابن القاسم في «الدمياطية» في مكتري دابة يشتـرط عليه الضمان قال : لا ضمان عليه ، قال : والمناجل وآلة الحديد يضمنها ، قـال : وهو شذوذ ، قال : وظاهر كلامه في الدابة أنه كراء فاسد ، وعـليه في الفوات كراء المثل ، وفسر مـسألة «الدمياطية» بأنها كـبيع الثنيا يجبر مع القيام ويكون للمكتري في الفوات الأكثر .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الأُجْرَةِ مَا لَمْ تَقُمْ بيِّنَةٌ ، وَقِيلَ : تَسْقُطُ بِحِسَابِهَا

(**وَيَلْزَمُـهُ**) معطوف على مفعول القول المحـذوف ؛ أي قال ابن القاسم : المستأجر أمين ويلزمه جميع الأجرة ، قال في «المدونة»: إلا أن يأتي ببـينة على وقت الضياع ، وكان معه قوم في السفر فيشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم ، فيحلف فيسقط عنه من يومئذٍ ما بقي من المدة .

وعلى هذا فقـول المصنف : (**مَـا لَمْ تَقُمْ بيِّنَةٌ**) ليس بظاهر ؛ لحضرة الـبينة إلا أن يفهم قوله: (**بيِّنَةٌ**) على البينة التي تعرف أنه ذكر الضياع .

قال فـيهـا : وقال غـيره : لا يلزمـه من الأجرة إلا ما قـال: إنه انتفع بـه ، وبه أخذ سحنون وقال في قول ابن القاسم: إنه يصدقه في الضياع ويغرمه الكراء فيما لم ينتفع به .

ورأى ابن القاسم أن الكراء في ذمته فلا يبرأ منه إلا ببينة بخلاف المستأجر فإنه فيه أمين، وناقض التونسي قول ابن القاسـم هنا بقوله في كتاب العارية فيمن اسـتعار دابة وزعم ربها أنه أعارها إلى دون المكان الذي ركبها إليه ، وقال ابن القاسم : القول قول المستعير في دفع الضمان .

وأجاب ابن يونس بأن المستأجر مدعٍ في دفع الأجرة فعليه البيان .

وَفِي ضَمَانِهِ مَا آجَرَهُ لِغَيْرِهِ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : إِنْ كَانَ فِي مِثْلِ أَمَانَتِهِ لَمْ يَضْمَنْ

يعني : واختلف في ضمان المستأجر ما آجره لغيره على ثلاثة أقوال :

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/٩٨) .

الأول : عدم الضمان مطلقاً وهو غير موجود ، ولا يقتضيه الفقه ؛ إذ لا ينتفي الضمان إذا آجره لمن ليس في مثل أمانته .

الثاني : أنه يضمن مطلقاً وهو معترض أيضاً ؛ لأنه إذا آجر لغير من هو في أمانته فالضمان ظاهر ، وإن كان لمن هو في أمانته فلا ، وإنما وقع في «المدونة» مقيداً بالثوب قال: لاختلاف الناس في اللباس ، مع أن سحنون اختار نفي الضمان واحتج بمسألة الفسطاط .

والثالث : ظاهر التصور .

وَأَمَّا الصَّانِعُ كَالْخَيَّاط وَالصَّبَّاغ فَضَامِنٌ ، وَحُكْمُهَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ؛ عَمِلَ فِي بَيْتِه أَوْ حَانُوته ، بِأَجْرٍ أَوْ بِغَيْرِ أَجْرٍ ، تَلِفَ بِصُنْعِه أَوْ بِغَيْرِ صُنْعِه ، إِذَا انْتَصَبَ لِلصَّنْعَة ، وَلَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ رَبِّ السِّلْعَة وَلَمْ يَكُنْ مُلازِمَهُ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا - فَأَمِينٌ ...

لما قدم المصنف أن الأجير أمين استثنى الصانع ولهذا أتى بـ (**أَمَّا**) المقتضية للتفصيل وأشار بـ (**الْخَيَّاطِ وَالصَّبَّاغِ**) إلى أنه لا فرق في الصانع بين أن يكون التغيير في ذات المصنوع كالخياط أو صفته كالصباغ ، ولما كان تضمينهم على خلاف الأصل أشار المصنف إلى الاستدلال عليه بالمنقول عن الخلفاء .

قال في «المدونة»[1] وغيرها : وقد قضى الخلفاء بالتضمين وظاهر هذا أن عثمان رضي الله عنه منهم ، وعلى هذا فسكوت المصنف عنه ليس بظاهر ، ثم حكم الخلفاء مستلزم للإجماع ؛ إذ لم ينكر حكمهم .

وقد نقل عبد الوهاب وغيره في المسألة الإجماع ولا يقال : قد نقل عن علي رضي الله عنه خلاف ذلك ؛ لأن صاحب «المقدمات»[2] لم يُثبت ذلك عنه ، وضمير (**حُكْمُهَا**) عائد على المسألة ، وفي بعض النسخ (**حُكْمُهُمَا**) بالتثنية وليست بشيء لعودها على الخياط والصباغ ، والنقل عن الخلفاء غير مخصوص ، ووجه تضمينهم من جهة المعنى ما قاله عبد الوهاب وغيره .

ثم نظرنا فرأينا : من قبض مالاً على المنفعة لربه فقط كالوديعة يكون ضمانه من ربه ،

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٧) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٧٣) .

وإن كان لمنفعة الأخذ كالمسلف يكون ضمانه من آخذه ، فجعلنا المشترك بينهما كالرهن والعارية على هذا التفصيل لقوة التهمة فيما يغاب عليه ، وأيضاً فإنهم لم يؤتمنوا وإنما الضرورة دعت الناس إلى الدفع إليهم ، ولهذا قال علي رضي الله عنه : لا يصلح للناس إلا ذلك ، فكان من المصلحة العامة تضمينهم ترجيحاً للمصلحة العامة .

وذكر أبو المعالي أن مالكاً كثيراً ما يبني مذهبه على المصالح ، وقد قال: إنه يقتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين .

المازري : وهذا الذي حكاه أبو المعالي صحيح .

وقوله : **(بِأَجْرٍ أَوْ بِغَيْرِ أَجْرٍ)** ظاهر ، ولو قيل بعدم الضمان إذا كان بغير أجر ما بعد ؛ لما تقدم أن عبد الوهاب وغيره نصوا على أن القابض لمنفعة ربه فقط لا يكون عليه ضمان ، وقوله : **(بِصُنْعِهِ)** كما لو ادعى أن سارقاً سرقه .

ابن رشد[1] : الضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغيير ، وأما إذا كان فيها تغيير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف وإحراق الخبز عند الفران والغزل في قدر الصباغ فلا ، إلا أن يعلم أنه تعدى فيها وأخذها على غير وجه مأخذها ، ونحوه لابن المواز .

وقوله : **(إِذَا انْتَصَبَ لِلصَّنْعَةِ)** شرط في الضمان ثلاثة شروط أو شرطاً مركباً من ثلاثة أجزاء :

الأول : أن ينصِّب نفسه للصنعة بخلاف الأجير الخاص للرجل والجماعة دون غيرهم ، والصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للصنعة فلا ضمان على هؤلاء ؛ لأن التضمين إنما كان للمصلحة العامة وقيده بعضهم إذا عمله بغير أجر وإلا فيضمن .

ابن يونس : وحكى هذا القائل أنه منصوص للمتقدمين ، وقد نقل عبد الحق(٢) وغيره عن القرويين القولين ؛ أعنى : هل الضمان على من لم ينصب نفسه للصنعة مطلقاً أو بشرط أن لا يأخذ أجرة ؟ ونقل بعضهم الاتفاق على الثاني .

المازري : واختلف إذا كان هذا الصانع الذي لم ينصب نفسه عمل بغير أجر ؛ فقال

---

(١) « المقدمات » (١/ ٤٧٤) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ٩٧) .

عيسى : لا ضمان عليه ، وقيل : يضمن ، والصواب أنه يضمن وهي رواية رأيتها للمتقدمين .

الشرط الثاني : أن لا يكون في بيت رب السلعة ، وإلا فلا ضمان عليه جلس معه أم لا بأجر أم لا .

ابن حبيب : لأنه هنا أجير خاص .

الشرط الثالث : أن لا يكون رب السلعة ملازمه ، وإلا فلا ضمان عليه ؛ لأنه بحضوره معه يشبه الصانع الخاص .

وقد حكى اللخمي في هذا خلافاً فقال : اختلف إذا عمله الصانع في حانوته بحضرة صاحبه ، فقال محمد : القول قول الصانع في تلفه ، وفي «الواضحة» في مثل ذلك : إنه ضامن ، وليس بحسن .

ونوزع اللخمي فيما ذكره عن «الواضحة» ؛ لأن الذي فيها وفي «العتبية»[1] : إذا جاءه بثوب يكمده له فكمده مع رب الثوب فأصابه خرق ، فإن كان مِن فعل ربه لم يضمن وإن كان من فعل الكمَّاد فهو ضامن ، وإن جهل بينهما يكون على الكماد نصف ما نقصه ، وإن انفرد الصانع بالكمد فعليه الضمان وإن لم يفرط ، فقيل : إنما ضمانه هنا بالفساد وتلف مال الغير الذي يستوي في ضمانه العمد والخطأ فلا يكون الصباغ كذلك .

ابن رشد[2] : وقوله : (وَإِنْ جَهِلَ) معناه : أنهما قالا : لا ندري مِن عمل من هو ، وأما إن ادعى كل واحد منهما على صاحبه فالحكم أن يحلفا ، فإن حلفا أو نكلا ضمن الصانع النصف ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر عمل على قول الحالف ، قال : ولابن دحون أن ضمان الكماد بحضرة رب الثوب على ما قاله ابن القاسم ولا يستقيم .

قال : وإذا حضر عمل متاعه أينما كان فلا ضمان على الصانع ، وإن كان العمل في موضع الصانع .

ابن رشد[3]: وقاسه على حامل الطعام وما أصاب ؛ لأن حامل الطعام ضمن للتهمة ، فحضور ربه معه رافع لها ، وإفساد الثوب قد علم أنه من الكماد .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٤/ ٢٤١) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٧٤) .

(٣) « المقدمات » (١/ ٤٧٤) .

وقوله : **(مَا لَمْ يَكُنْ مُلازِمَهُ)** يريد الإفساد مسألة الكماد ، وانظر هل يأتي على ما تقدم لأشهب من الضمان مع البينة الضمان هنا ، لأن التهمة فيهما منتفية ، فإذا ضمنه في إحداهما فكذلك في الأخرى أولى ؛ لأن التلف في مسألة الحضور مقطوع به ، بخلافه في البينة فإنه مظنون وتردد في ذلك بعض الأشياخ .

وقوله : **(وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُما)** إما كون الصانع في بيت رب السلعة ، وإما ملازمة ربها .

(فَأَمِينٌ) أي : فالصانع أمين ولا ضمان عليه .

و **(كَانَ)** تامة ، وفي كلامه حذف مضاف تقديره : فإن حصل نقيض أحد الأمرين - بحصول أحدهما ، فإن لم يكن في بيت ربها أو لم يكن ربها ملازماً له - مقتضي للضمان، وفي بعض النسخ : (أحدها) فيعود على الثلاثة .

وَالْوَاجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ دَفْعِهِ

لما ذكر الضمان وشرطه تكلم على زمانه ، تصور كلامه ظاهر .

قال في «المدونة»(١) و«الواضحة» : وليس لربه أن يقول أؤدي الأجرة وآخذ قيمته معمولاً .

قال في «المقدمات»(٢) : إلا أن يقول الصانع: إنه تلف بعد العمل ، فيكون لربه أن يؤدي إليه أجرة عمله ويضمنه قيمته معمولاً .

قال : وهذا على القول : إن البينة إذا قامت على تلفه معمولاً أنه يلزمه أداء الأجرة وتكون مصيبته منه ، وهذا أحد قولي ابن القاسم في «الموازية».

وخرج جماعة قولاً بلزوم القيمة لآخر يوم رئي عنده على القول به في الرهن ، واختلف في الخياط يقطع الثوب ثم يغيب عليه ، ففي «الموازية»: عليه قيمته صحيحاً قبل قطعه ، ولو كانت شقة فقطع منها ثوبين وادعى ضياع أحدهما كان عليه نصف الشقة صحيحة لا قيمة نصف صحيح .

وقال ابن القاسم في «مختصر ما ليس في المختصر» : يغرم قيمته مقطوعاً .

اللخمي : ويختلف على هذا إذا أفسد الخياط بالخياطة أو القطع ، فعلى ما في

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٨) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٢٠٣) .

«المدونة»: يغرم قيمته صحيحاً في الوجهين ، وقال ابن شعبان : إن كان الفساد في القطع غرم قيمته صحيحاً ، وإن كان في الخياطة غرم قيمته مقطوعاً .

اللخمي : وهو فقه حسن ؛ يعني : فيغرم قيمته على الوجه الذي أفسده عليه .

قال في «المدونة»(١): وإذا فرغ الخياط أو الصانع من عمل ما في يده ، ثم دعا صاحب المتاع ، فقال : خذ متاعك ، فلم يأتِ حتى ضاع المتاع عند الصانع ، هو ضامن على حاله.

اللخمي : يريد أنه لم يحضره ، ولو كان أحضره ورآه صاحبه مصنوعاً على صفة ما شارطه عليه وكان قد دفع الأجرة ثم تركه عنده فادعى ضياعه لصدق ؛ لأنه خارج عن حكم الإجارة إلى حكم الإيداع ، ونص أبو الحسن على أنه وفاق للمذهب .

وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ فَفِي سُقُوطِهِ قَوْلاَنِ لاِبْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

أي : فإن قامت بينة على تلفه عند الصانع من غير صنعة ، ففي سقوط الضمان على الصانع قولان :

مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك : السقوط ، ومقابله لأشهب بناء على أن الضمان للتهمة وهي زالت بقيام البينة أو بالأصالة .

فرع :

قال في «المدونة»(٢): ويضمن القصار قرض الفأر ؛ إذ لا يعرف ولو علم أن الفأر قرضه من غير تضييع وقامت بذلك بينة لم يضمن .

محمد : إذا لم يضيع .

وقال ابن حبيب : إذا ثبت بالبينة أن الذي أصاب الثوب قرض فأر أو لحس سوس وهو بيد صانع أو مرتهن لم يضمن ، ولو قال رب الثوب : إنهما ضيعا ، وأنكرا ذلك صُدِّقا ، فعلى رب الثوب البينة أنهما ضيَّعا ؛ لأن قرض الفأر والسوس أمر غالب والتعدي لا يلزم بالدعوى .

---

(١) « المدونة » (١١/٣٨٨) .

(٢) « المدونة » (١١/٣٨٨) .

ابن يـونس : وظاهر «المدونة» أن عليه البينة أنه ما ضيع ؛ لأن الثوب بيده على الضمان فلا يخرجه إلا البـينة ، وقد تقدم الكلام على إحراقه أو إحراق بعـضه إذا احترق منزله في الرهن .

وَعَلَى سُقُوطِهِ : فَفِي سُقُوطِ الأُجْرَةِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ الْمَوَّازِ

يعـني : ويتفرع على سقوط الضمان إذا قامت البـينة بهلاكه مصنوعاً في سقوط الأجرة قولان ؛ فابن القـاسم يسقطها ومحـمد لا يسقطها ، وحكاية المصـنف الخلاف في الأجرة يستـلزم أن تكون البينة قـامت على هلاكه مـصنوعاً كـما قلنا ؛ إذ هو المحل الذي يـسقط ضمـان الصانع ، والنقل أيضاً كـذلك فرأى ابن القاسم أن الصانـع لم يسلم الصنعة لرب السلعة ، ولا يستحسن الأجرة إلا بالتسليم .

ورأى محمد أن وضع الصنعة في السلعة كوضعها في يده .

وزاد في «البـيان»[١] ثالثاً : بالفرق بين قيام بينة وعـدمه ، ورابعاً : أن عليه الأجرة ، سواء قامت بينة على ضياعها قبل العمل أو لا ، ويؤدي قيمته معمولاً ؛ أخذه من قول ابن القاسم في «العـتبيـة» : إذا نقص الدقيق فـعلى الطحان ضمـان ما ينقص مـثل قيمـته من الدقيق .

ابن رشـد[٢] : وهو خلاف مذهبه في «المدونة» ولا يجوز على مذهبـه فيها أن يأخذ ما نقصه من الدقيق لما يدخله من التفاضل بين القمح والدقيق ؛ إذ الواجب عليه ما نقصه من القمح فإن كان القـمح مثلاً ثمانية أقفـزة ويزيد بالطحن قفيزاً ، فلم يجد إلا ثمـانية فعليه ثمانية أتساع قـفيز من قمح وعليه طحنه ويأخذ جمـيع أجرته ، وإن لم يطحنه أنقصه تسع الأجرة فلو أخذ منه على هذا دقيقاً لكان قد ابتاع منه قفيز دقيق بثمانية أتساع قفيز من قمح وبتسع الأجرة فيدخله التفاضل .

وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَ الضَّمَانِ فَفِي انْتِفَاعِهِ بِهِ رِوَايَتَانِ

ضمير (**شَرَطَ**) عائد على الصانع ، وضمير (**انْتِفَاعِهِ**) عائد على الضمان ، وفي بعض النسخ (وفي انتفائه) فيعود الضمير على الصانع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٢٢٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٢٢٦) .

(رِوَايَتَانِ) روى ابن القاسم أنه لا ينفعه شرطه وبما قال [قاله][1] في «الجواهر»[2] .

وروى أشهب أنه ينفعه ولم يذكر صاحب «النوادر»[3] والباجي وصاحب «المقدمات»[4] ذلك على أن أشهب رواه ، بل على أنه قاله .

نعم ، تقدم في الرهن أن أشهب روى عـدم الانتفاع بالشرط فيـه والباب واحد ورأيت للخمي وغـيره أن هذا الخلاف إنما هو في الصـانع الواحد ، وأما لو اشـترط الصناع كلهم نفي الضمـان فيتفق علـى أنهم لا يوفى لهم بذلك ؛ لأن في الوفاء لهم عدم مـا تقدم من الدليل .

واعلم أن بعض شيـوخنا قال لمن اشترط نقل الضـمان من محل إلى محل غـيره : فلا يخلو من ثلاثة أقـسام : إما أن يكون المحل اسـتقر فـيه الضمـان لم يختلف فيـه أحد من العلمـاء أنه محل له فـهـذا لا يجوز نقله بلا خـلاف ، أو يكون فـيه خـلاف في المذهب كالغـائب والمحبوسـة بالثمن فـهذا لا خلاف في جـواز نقل الضمـان من أحد المحلين إلى الآخر .

وإما أن يكون متفقـاً عليه في المذهب ، وفيه خلاف خارجي كالصناع فهذا وشـبهه فيه قولان ، وعلى هذا فلا يعد أن يختلف في المسألة وإن اشترط الصناع كلهم نفي الضمان ، فانظره .

أَمَّا لَوْ بَاعَهُ دَقِيقَ حِنْطَةٍ عَلَى الْكَيْلِ وَعَلَيْهِ طَحْنُهَا فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ

(فَـالضَّمَـانُ) أي : على البائع وإن قامت البينة على التلف اتـفاقاً ، وحاصله : أن ما تقدم من سقوط الضمـان إذا قامت البينة على الهلاك إنما هو فيما ليس فـيه حق توفية بعد الصنعة وأما ما فيه ذلك فيتفق على أن الضمان منه ، ولهذا أتى بـ (أَمَّا) المشعرة بالتفصيل .

ابن عبد السلام : وهذه المسألة إذن لا إشكال فيها وإنما كان ينبغي أن يذكر إذا باع حنطة على أن للبائع طحنها ، فهذا إذا قلنا بـالجواز يمكن أن يقال: إنه بيع وإجارة ، وهل يضمنه

---

(١) في ط : قال .

(٢) « الجواهر » (٣/ ٦٧) .

(٣) « النوادر والزيادات » (٩/ ١١٤) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ١٣٠) .

مطلقاً أو يفـرق فيه ؟ وإن ضاع ببـينة سقط الضمـان ، وإن كان بغير بينة وجب الضـمان والمنصوص وجوب الضمان من البائع فهذا هو محل الإشكال والتنصيص عليه أولى .

وَأَمَّـا غَيْـرُ مَحـلِّهَا بِالْحَـاجَـةِ كَالْكِتَـابِ لِلنَّسْخِ ، وَالْجَـفْنِ يُصَـاغُ عَلَى نَصْلِهِ ، وَظَرْفِ الْقَمْـحِ - فَقَوْلاَنِ ...

ضمير (**مَحَلِّـهَا**) عائد على الصنعة والباء سببية ؛ أي بسبب الحاجة ، واحترز به مما لا يحتاج الـصانع إليه في عمله كـدفع زَوْجَي خُفٍّ ليعمل في أحدهمـا فإنه اتفق على أنه لا يضمن إلا المصنوع .

قال في «البـيان»[١] : اختلف في صفة تقويم المضمـون فقيل : يقوم وحده ، وقيل : يقومان جميعاً ، ثم يقوم الثاني وحده فيـغرم ما بين القيمتين ومنشأ القولين اللذين ذكرهما المصنف : هل الحاجة إليه تصيره كالمصنوع أو لا ؟

وحكى في «البيان»[٢] ثلاثة أقوال :

الأول : لا يضمن إلا مـا فيه عمل وإن كـان يحتاج إليه الصـانع والمصنوع ، وهو قول سحنون .

والثاني : أنه يضمنه فيهما ، وهو قول ابن حبيب .

والثالث : أنه لا يضمن ما ليس فيه عمل وإن احتاج إليه الشيء المعمول ، إلا أن يحتاج إليه في عمله ، وهو قول مالك في سماع أحمد بن خالد ، وقول ابن المواز .

وقـول المصنف : (**يُصَـاغُ عَلَى نَصْلِهِ**) قيد الصيـاغة بأن تكون على النصل ، فإنها لو كانت على الجفن لكان محلاً للصنعة فكان الصانع يضمنه ولا يأتي هذا الاختلاف فيه .

وَالأُجَرَاءُ وَالصُّنَّاعُ تَحْتَ يَدِ الصَّانِعِ أُمَنَاءُ لَهُ

يعني : إذا كان للأجير أجراء أو صناع تحت يده فتلف بأيديهم شيء بغير تعدٍّ فلا ضمان عليهم ؛ لأنهم صناع له خاصـة ، واحترز بقوله : (**تَـحْتَ يَـدِهِ**) مما لو غـابوا على السلع فإنهم يضمنون .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٢٢٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٢٢٧) .

فقد نص أشهب في «العتبية» و «الموازية» : أنه لو أكثر الثياب على الغسال ، فآجر آخر يبعثه بها إلى البحر فادعى تلفها أنه ضامن .

ابن ميسر : وذلك إذا آجره على غسل أثواب فقاطعه ؛ أي كل ثوب بكذا ، وأما إن كان في إجارته يوماً أو شهراً فدفع إليه شيئاً يعمله في داره وغاب عليه فلا ضمان عليه .

ابن يونس : وإنما يضمن أجير الصناع هنا ؛ لأنه كصانع دفع إلى صانع ما استُعمل عليه، وفي «الموازية» في الخياط يدفع إلى الصبيان المتاع يمضون به إلى ديارهم ليتموها بالليل فيدعون الضياع أنهم لا ضمان عليهم .

ابن ميسر : معنى ذلك أنهم عملوا جلها في الدكان بحضرة الصانع وبقي اليسير فانسحب عليهم حكم الأكثر في نفي الضمان .

قال في «الموازية» و«العتبية» : وإذا دفع ربُّ الثوب إلى الصانع إجارته فلم يدفع الصانع الأول للثاني إجارته فلرب الثوب قبض الثوب من الثاني بغير إجارة ، ويتبع الثاني الأول إذا ثبت دفع رب الثوب إليه .

بعض القرويين : والأشبه في القياس ألا يأخذ رب الثوب ثوبه من الثاني إلا أن يدفع إليه إجارته ؛ لأنه ليس مستحقاً لعين الصنعة فيأخذها بغير شيء .

ابن ميسر : وإن لم تقم بينة أنه دفع الأجرة للأول فليحلف الثاني أنه ما قبض أجرته ويكون على ربها الأقل من أجرة مثله أو من إجارة الأول ، فيتبع هذا الهارب ببينة أجرته .

قال في «الموازية» : ثم إن قدم الأول فأقر بقبض أجرته فليرجع الغارم على الثاني بما قبض منه .

الشيخ أبو محمد : وهذا غير مستقيم ولا تقبل دعوى القادم على المقيم إذا كان القادم عديماً .

ابن رشد : وقول الشيخ صحيح ، ولم ينص ابن المواز على أنه يرجع على الثاني لإقرار القادم إن كان عديماً فينبغي أن يحمل قوله على ما يصح إذا كان مليئاً ، قال: وقول محمد: «يحلف الثاني ويأخذ الأقل» صحيح ، وكذلك لو أقر صاحب المتاع أنه لم يدفع إلى الأول شيئاً ، قال : وهذا إذا علم بما استؤجر له أو أقر بذلك الثاني ، وأما إن لم يكن

كذلك فلا سبيل إلى أخذ المتـاع إلا بعد أن يدفع إليه جميع إجارته إن علمت وإن لم تعلم فيتخرج ذلك على قولين :

أحـدهمـا : أن القول قوله في مبلغهـا مع يمينه إذا أتى بما يشبه وإن لم يأت بما يشبه لم يصدقه وله أجرة المثل .

والثاني : أنه لا يكون له إلا أجرة المثل وإن أشبه ما ادعاه .

وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم ، قال : وإنما وجب أن يكون للثاني الأقل على صاحب المتـاع ؛ لأنه غريم غـريمه ، لا من أجل أن السلعة رهن له ؛ إذ ليـست برهن فلا يكون له إمسـاكها ولا يكون أحق بها من صـاحبهـا إن أفلس عند ابن القاسم ، ولذلك لا يكون القول قوله إن ادعى أكثر من إجارة مثله .

قال : وإنما وجب أن يكون لصاحب المتاع أخذه مـعمولاً ، بل يغرم الثاني إذا كان دفع للأول ؛ لأن العمل على الأول مـضمون ، ولو كـانت الإجارة على عـمل الأول بعينه لما وجب لصاحب المتـاع ، ولو كان قد دفع الأجر للأول إلا أن يعلم الثـاني بتعدي الأول ، قال : وهو الذي يأتي على أصولهم ولا أعلم فيها نصاً.

وَأَمَّا أَجِيرُ حَمْلٍ - غَيْرِ الطَّعَامِ - فَإِنْ غَرَّ فِيهِ أَوْ فَرَّطَ ضَمِنَ ، وَإِلا فَلا

لَمَّا فرغ من الصانع شرع في أجير الحمل وغيره، وما ذكره نحوه في «المدونة» ، ففيها[(١)]
وإن قال المكتـري في حمل عرض: إنه إن هلك أو سـرق أو عثرت الدابة فـانكسرت به القوارير فذهب الدهن صُدِّق ، إلا أن يغر من عثار أو ضعف حبل فيضمن حينئذٍ .

وقوله : (غَرَّ) صادَق على الغرور بالقول والفعل .

اللخمي : فإن كان بفعل ضمن ، وإن كان بقول ففيه قولان : هل يضمن أم لا ؟

اللخـــمي : فإن عرف الحمال ضعف الحبل وربطه فـهو غرور بفعل ، وإن سمى الحبل للمكتري فربطه وكان المكتري هو الذي سيرها فهو غرور بقول .

وعلى الضمان فـقال ابن حبيب : يلزمه المثل أو القـيمة بموضع هلك ، وله من الكراء بحساب ما سار .

ابن يونس : وهو قول ابن القـاسم وعلى قول غيـره يخير في أن يضـمنه قيمـته يوم

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/١٦٦) .

تعدى؛ أو يوم هلك ، وحمل اللخمي قول ابن القاسم على معنى قول الغير ؛ لأنه قال : وقال ابن القاسم فيمن حمل دهناً من مصر إلى فلسطين وانكسر بالعريش وكان قد غر من الدواب: إن عليه قيمته بالعريش ؛ لأنه قال : قيمته بالعريش ضعف قيمته بالفسطاط والإنسان لا يختار إلا الأكثر .

وَفِي حَمْلِ الطَّعَامِ يَضْمَنُ مُطْلَقاً إِلا بِبَيِّنَةٍ أَوْ يَصْحَبُهُ رَبُّهُ ، وَقَالَ بِهِ الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ

قوله : (**مُطْلَقاً**) أي : لا فرق في الأقوات والإدام ، بل يضمن جميعها على المشهور لسرعة الأيدي إليه خلافاً لابن حبيب كما سيأتي ، ويحتمل أن يريد بالإطلاق سواء فرط أم لا ؛ يعني : ولا تفصيل فيه كما في غير الطعام ، وظاهر قوله : (**يَضْمَنُ مُطْلَقاً**) لأنه لا فرق في ذلك بين السفر والحضر .

اللخمي : وهو المعروف ، وقول ابن كنانة : لا ضمان عليه في المدينة ؛ لأنه في المدينة قادر على أن يصحبه من غير ضرورة .

(**إِلا بِبَيِّنَةٍ**) أي : فإن الضمان يسقط بها .

وقوله : (**أَوْ يَصْحَبُهُ رَبُّهُ**) ثبت في بعض النسخ وسقط من بعضها ؛ لأنه يؤخذ الحكم فيه من باب مفهوم الموافقة ، فإن هلاكه بحضرة صاحبه أقوى في البراءة من هلاكه بحضرة البينة .

وحكى اللخمي الخلاف في الضمان إذا حمله في البحر ولو صحبه ربه فقال : واختلف إذا حمله في السفر ببحر وصاحبه معه أو لم يكن معه صاحبه ، وليس الطعام مما تدعو الحاجة إليه في الغالب .

فالمعروف من المذهب أنه غير مصدق إذا غاب عليه وإذا حمله في البلد ، خلافاً لابن كنانة قال : وإن صحبه في البحر ثم نقص أو ذهب بعضه ، صدق عند مالك ، وفي أكرية السفن أنه غير مصدق .

ابن عبد السلام : قال بعضهم : إلا أن تلجئ قوماً ضرورة إلى من يخاف على الطعام معه فيستأجروه تقاية لشره وليدفع شر قوم آخرين فيضمن ، أو تعلن منه الجناية فيضمن .

اللخمي : وأرى أن يضمن الذي يحمل القمح والشعير والقطاني وما أشبه ذلك وإن صحبه ربه إذا نقص ؛ لأنه قد علم منه السرقة ، ونص قول ابن حبيب : وإنما يضمنون من

الطعام الإدام ما كان قوتاً خاصة فمن ذلك القمح والشعير والدقيق والسلت والذرة والدخن والعلس والكرسنة ، وليس الأرز من ذلك لأنه مما يتفكه به .

أبو محمد : لعل هذا في غير بلد الأرز وإلا فبعض البلدان هو جل قوتهم .

قال : يضمن الفول والحمص والعدس واللوبيا والجلبان ، ولا يضمنون الترمس ؛ لأنه متفكه ، ولا يضمنون من الإدام إلا الزيت والعسل والخل والسمن .

وأما الرُّب والأشربة الحلال والجبن واللبن والزبد وسائر اللحم والأبزار فلا يضمنونه ، ولا يضمنون من خضر الفواكه ورطبها ويابسها إلا التمر والزبيب والزيتون ، ويضمنون الملح ، ولا يضمنون شيئاً من الأدهان وكل ما لا يضمنونه فهم مصدقون في تلفه كالعروض ، وأنكر هذا التفصيل جماعة .

ابن يونس: وهو استحسان قوله: **(وَقَالَ بِهِ)** ؛ أي بالضمان في الطعام **(الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ)**.

زاد ابن شاس(١) وربيعة : وذلك لمصلحة العامة لاحتياج الناس إلى حمله وسرعة يد الحامل إليه ، فيضمنون كالصناع .

تنبيه :

قوله : **(أَوْ يَصْحَبُهُ رَبُّهُ)** لا يشترط دوام الصحبة فقد قال أصبغ في «الموازية» : إذا فارق رب الطعام حامله في بعض الطريق لم يضمن .

وعلله محمد بأن أصل حمله لم يكن على التسليم .

ونقل ابن يونس عن بعضهم أنه فصَّل فقال : إن فارقه على أن يعود فكذلك ، وإن كان على أن لا يعود فعليه الضمان .

وَأَمَّا أَجِيرُ الْحِرَاسَةِ فَلا يَضْمَنُ شَيْئاً

أي : ولو كان طعاماً أو مما يغاب عليه هكذا نص عليه ابن المواز وغيره .

ابن المواز : وكذلك لا ضمان عليه إذا أعطاه طعاماً يبيعه فيضيع أو يضيع ثمنه ، إلا أن هذا لا أجر له ولا ضمان عليه .

قال : وإن استؤجر ليحرس بيتاً فينام فيسرق ما فيه ، فلا يضمن وإن غاب عليه ، وله جميع الأجرة وكذلك حارس النخل .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٧٤) .

وقال مالك في «العتبية»[١] فيمن بعثت معها بخادم يبلغها موضع كذا بأجر مسمى فنام في الطريق فأبقت أو ماتت: فإن أبقت حـوسب ، وإن ماتت فله الأجرة كلها ، وقال ابن القاسم : الموت والإباق واحد وله الأجرة كلها ، ويسـتعمل في مثل ذلك حتى يتم أو يبلغ وقال ابن وهب : له من الإجارة حيث بلغ فقط .

فرع :

واختلف قول مالك في ضمان السماسرة .

ابن رشد[٢]: والذي أفتى به على طريق الاستحسان مراعاة للخلاف تضمينهم ، إلا أن يكونوا مشهورين بالخير .

ابن راشـد[٣] : ورأيت بعض قضاة الإسكندرية ضمن السـماسرة ، وكأنه ذهب إلى أن ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان .

وَالْحَمَّامِيُّ أَمِينٌ عَلَى الثِّيَابِ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ

(الْحَمَّامِيُّ) : مكتري الحمام .

ابن راشد : والأول قوله في «المدونة» ، والثاني قوله في «الموازية» : يضمن إلا أن يأتي بحارس ؛ ونحـوه في «العتبيـة»؛ لأن فيهـا : وقد أشرت على صاحب السـوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس ، أو يأتوا بمن يحرسها .

ابن يونس : ورأيت في بعض الحواشي عن ابن عبد الحكم مثله ، وزاد : وأن لا ضمان على من يحرسها .

وأما حارس الثياب ففي «البيان»[٤]: إن أكراه صاحب الحمام بأجرة في ذمته فلا خلاف في نفي الضمان إلا أن يضيع أو يفرط ، وإن كان بأجرة يأخذها من الناس ، فقال مالك : لا ضمان عليه .

ابن لبـــابة : وما سواه خطأ ، وضـمنه ابن حبيب ، واختار اللخـمي نفي الضمان عن الحمامي والحارس ولو دفع له أجرة ؛ لأنه حينئذٍ كالمودع يدفع له أجرة على أمانته .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٠) .
(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٠) .
(٣) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٠) .
(٤) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١١) .

ابن القاسم: ولو قال الحارس : جاءني إنسان فشبهته بك فدفعت إليه الثياب ، ضمن.

اللخمي: وكذلك يضمن إن رأى إنساناً يأخذ ثيابك فيتركه ظناً منه أنه أنت .

وَكُلُّ مَنْ أَوْصَلَ نَفْعاً عَنْ عَمَلٍ أَوْ مَالٍ بِأَمْرِ الْمُنْتَفِعِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ممَّا لابُدَّ لَهُ مِنْهُ بِغُرْمٍ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْعَمَلِ وَمِثْلُ الْمَالِ ، بِخِلافِ عَمَلٍ يَلِيهِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِعَبْدِهِ أَوْ مَالٍ يَسْقُطُ مِثْلُهُ عَنْهُ ...

(**أَوْصَلَ**) يريد : ولو بغير قصد ، كما قالوا في من حرث أرض غيره ظانّا أنها أرضه ، وقوله : (**عَنْ عَمَلٍ أَوْ مَالٍ**) تبيين للنفع ؛ مثال العمل : لو حرث لرجل كرمه أو سقى حرثه أو أرضه أو حصد زرعه أو قطع ثوبه وخاطه أو طحن قمحه بغير أمره ، ومثال المال: لو أنفق على زوجته أو ولده أو عبده ، وسواء كان ذلك (**بِأَمْرِ الْمُنْتَفِعِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ**) بشرط أن يكون ذلك الواصل مما لابد منه للمنتفع به .

وقوله : (**بِغُرْمٍ**) شرط فيما يرجع به ، واحترز به من أن يعمل له عملاً لا يحتاج إليه أو يتولاه صاحبه بنفسه ، فلا غرم ، أو ينفق على من لا يلزمه الإنفاق عليه ، أو ينفق أكثر من القدر المحتاج إليه .

المازري: ولا خلاف فيه إذا كان ربه ممن يتولاه بنفسه ، وإلا فقد ذكروا خلافاً فيمن خاط ثوب غيره بغير إذنه .

فقال سحنون : يأخذه ربه ولا شيء عليه لخياطة هذا الفضولي .

وقيل : لا يأخذه حتى يغرم لهذا الأقل من قيمة خياطته أو ما يخيط به هو .

وقوله : (**فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْعَمَلِ**) أي : قيمة المنفعة ، ومثال المال هو ظاهر إن كان من ذوات الأمثال .

ابن عبد السلام: وإن كان من ذوات القيم ، فيحتمل أن يقال عليه القيمة .

وقوله : (**بِخِلافِ عَمَلٍ يَلِيهِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِعَبْدِهِ**) راجع إلى قوله : (**بِغُرْمٍ**) أي : بخلاف ما إذا كان المنتفع لا يغرم عليه شيئاً ، بل يليه بنفسه أو بعبده ، فإنه لا يغرم على ذلك شيئاً .

مسألة :

قوله تعالى: ﴿ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ ﴾ [الكهف: ٩٥] إلى قوله: ﴿أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴾ [الكهف: ٩٦] دليل على جواز الغرم على القبيلة في دفع ضرر يعمهم واستخدامهم في ذلك، وكذلك مصالحهم أجمع .

التَّنَازُعُ : لَوْ قَالَ الْمَالِكُ : سُرِقَ ، وَقَالَ : اسْتَصْنَعْتَنِي ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَتَحَالَفَانِ وَيُقَالُ لِلْمَالِكِ : ادْفَعْ قِيمَةَ الْعَمَلِ ، فَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلصَّانِعِ : ادْفَعْ قِيمَةَ الْمَتَاعِ بِغَيْرِ عَمَلٍ ، فَإِنْ أَبَى كَانَا شَرِيكَيْنِ بِالْقِيمَةِ وَالْعَمَلِ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : الْعَامِلُ مُدَّعٍ ...

لما فرغ من أركان الإجارة وأحكامها شرع في الاختلاف ، وتصور المسألة من كلامه ظاهر فرأى ابن القاسم في «المدونة»(١) : أن لا مزية لأحدهما على الآخر ، فأوجب التحالف؛ لأن كل واحد مدعٍ على صاحبه ، ورأى غيره أن صاحب المال أقوى ؛ لأن المال ماله والأصل عدم الغرم .

قال في «المدونة»(٢) في قول الغير : ولا يكونان شريكين .

صاحب «النكت»(٣) : وعلى قول الغير يحلف رب الثوب أنه ما دفعه إليه ثم يلزم الصانع غرم قيمة الثوب جبراً على ما أحب أو كره .

واعلم أن صاحب «النكت» والتونسي واللخمي قيدوا قول ابن القاسم بما إذا أراد رب المال تضمين الصانع ولم يرد أخذ ثوبه ؛ لأنهم قالوا : إن قال رب الثوب : أريد أن أضمن الصانع فإن أطاع الصانع فدفع قيمة الثوب الأبيض فلا يمين على واحد منهما ، وإن أبى عن ذلك تحالفا على ما سيأتي ، وأما إن اختار رب الثوب أخذه ويعطي قيمة الصبغ ، فإنك تنظر فإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع ، أو كان ما ادعى أقل أدى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه ، وإن كانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع حلف رب الثوب ما دفعه إليه وأدى قيمة الصبغ .

قوله :(**قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَتَحَالَفَانِ**) الشيخ أبو محمد وغيره : ويحلف رب الثوب أولاً أنه ما استعمله ثم يقال للصانع : ادفع إليه قيمة ثوبه وإلا فاحلف أنه استعملك ، فإن حلف قيل لربه : ادفع إليه قيمة عمله وحده .

وهذا معنى قوله : (**وَيُقَالُ لِلْمَالِكِ: ادْفَعْ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْعَمَلِ**) وبقية قول ابن القاسم من كلام المصنف ظاهرة .

---

(١) « المدونة » (١١/٤٥٢) .

(٢) « المدونة » (١١/٤٥٢) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/٩٨) .

فَلَوْ قَـالَ الْمَـالِكُ : أَوْدَعْـتُكَ ، فَـقَـالَ ابْنُ الْقَـاسِمِ : الْقَـوْلُ قَـوْلُ الصَّـانِعِ وَإِلا ذَهَبَتْ أَعْمَالُهُمْ؛ لأَنَّهُمْ لا يَشْهَدُونَ ، وَقَالَ غَيْرُهُ : الْعَامِلُ مُدَّعٍ ...

يـعنـي : وقال الصانع : بل استصنعتني ، فـرأى ابن القاسم أن الصانع لما كان جلوسه للصنعة كان القول قوله ؛ لأنه أتى بما يشـبه ، والفرق على قول ابن القاسم بين هذه والتي قبلها أن المالك هنا معترف بأنه أذن في وضع يد الصانع ورأى أن الصانع مدعٍ ؛ لأنه ادعى ملك شيء متصل بملك غيره وأنه باعه من رب الثوب فعليه البينة ، وقاله ابن حبيب وزاد: وكذلك لو قال ربه : سرق مني ، ويحلف ويأخذ ثوبه مصبوغاً أو مغسولاً بغير غرم إلا أن ينقصه الصبغ أو يفسـده ، فربه مخير في أخذه أو تركه وأخذ قـيمته ، وإن زاده الصبغ فله أخذه بلا غرم هكذا ذكر ابن يونس .

وذكر في «البيان»(١) أنه اختلف في تفسير قول الغير ، فقيل : كما ذكره ابن يونس ، وقيل : إنه مـدعٍ في الأجرة فإن ادعى أكـثر من أجرة المثل وحلف على مـا ادعى عليه لم يستحق بيمينه ما حلف عليه ، ويحلف رب الثـوب على ما ادعى فيسقط عنه بيمينه ما زاد على أجرة المثل ، وإن نكل عن اليـمين أخذ العامل ما حلف عليـه ، وإن نكل العامل عن اليمين وحلف رب الثوب أخذ ثوبه مصبوغاً ولا شيء عليه .

ونحـوه لصـاحب «النكت»(٢) وزاد : وليس له أن يضـمنه ؛ لأنه أقر بوضع يده علـيه بخلاف قوله : سرق مني .

وَلَوْ صَاغَ سِوَارَيْنِ فَقَالَ : أَمَرْتُكَ بِخَلْخَالَيْنِ ، صُدِّقَ الصَّانِعُ

الخلخالين بفتح الخاء : الجوهري : وخلخل لغة فيه .

(**صُـدِّقَ الصَّـانِعُ**) يعني : مع يمينه وكـلام المصنف وهو ظاهر «المدونة» أنَّ الصـانع إذا حلف أخذ المسمى .

وقال سـحنون في رواية أخرى : القـول قول الصنَّاع مع أيمانهم ولهـم الأقل من أجرة مثلهم أو مما سموا .

اللخـــمي : وعلى مذهب سحنون يكون القـول قول صاحب الفضة : إنه لم يستأجره

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٢) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/ ٩٩) .

ليعمله ، والقول قول الصانع : إنه لم يتعدَّ ، ويكونان شريكين ؛ هذا له قدر الفضة والآخر له قدر الصنعة ، إلا أن يحب صاحب الفضة أن يعطيه إجارة المثل إذا كانت أقل .

فَلَوْ قَالَ الْمَالِكُ بِثَلاثَةٍ وَالصَّانِعُ بِأَرْبَعَةٍ صُدِّقَ الصَّانِعُ فِيمَا يُشْبِهُ بِخِلافِ الْبِنَاءِ ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ حَائِزٍ لِذَلِكَ ...

يعني : وإن اختلفا في قدر الأجرة ، فإن كان المصنوع تحت يد الصانع صدق الصانع مع يمينه إذا ادعى ما يشبه لبقاء شبهه تحت يده ، فكان بمنزلة من باع سلعة ولم يخرجها فالقول قوله .

وإن لم يأتِ بما يشبه حلف المالك إن أتى بما يشبه ، فإن أتى بما لا يشبه فللصانع أجرة مثله ، وإن لم يكن المصنوع تحت يده فالقول قول المالك كالبناء ؛ لأنه لم يبق المصنوع بيده بل لم يكن بيده أصلاً وهو تحت يد مشتري الصنعة وقد فات ، فلذلك كان القول قول المشتري .

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ - قَبَضَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ - وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : إِنْ قَبَضَهُ بِبَيِّنَةٍ ، وَإِلا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِعِ ...

(الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ) لأن الصانع اعترف بقبضه وادَّعى رده ، وسواء كان قبضه الصانع ببينة أو بغير بينة ، وكذلك الرهن والعارية والمبيع على خيار فيما يغاب عليه ؛ لأن هذه كلها مقبوضة على الضمان ، ورأى ابن الماجشون أن المصنوع كالوديعة والقراض .

كتاب الجعالة

الْجِعَالَةُ أَرْكَانٌ

هي الإجارة على عمل مجهولة النهاية ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **وَلِمَن جَاءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ** ﴾ [يوسف: ٧٢] وحديث الرُّقية .

وقوله : (**أَرْكَانٌ**) أي : لها أركان :

العَاقِدَانِ : أَهْلِيَّةُ الاسْتِئْجَارِ ، وَالْعَمَلُ

أي : الأول (**العَاقِدَانِ**) و (**أَهْلِيَّةُ**) خبر ابتداء محذوف ؛ أي : شرطها أهلية الاستئجار، (**وَالْعَـــمَلُ**) أي : من صح له أن يجـاعل ومن صح له أن يكون أجيـراً صح له أن يكون مجعولاً ، فلا يصح أن يكون الذمي مجعولاً على طلب مصحف .

ولم يصرح المصـنف بشروط العاقـدين في الإجارة وإنما أحـال ذلك على البيع فـقال : (**العَاقِدَانِ كَالْمُـتَبَايِعَيْنِ**) وعلى هذا فالأحسن أن يشبه المصنف هنا بالمتبايعين ، ولعله أحال على الإجارة لينبه على أن الإجارة أصل وأن الجعالة مستثناة من الممنوع للضرورة .

وَلا يُشْتَـرَطُ فِي الْمَجْعُـول لَهُ التَّعْيِينُ وَلا الْعِلْمُ بِالْجِـعَالَةِ فَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَلَيَّ عَـبْدِيَ الآبِقَ فَلَهُ دِينَارٌ فَمَنْ أَحْضَرَهُ اسْتَحَقَّهُ؛ عَلِمَ بِالْجُعْلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، تَكَلَّفَ طَلَبَهُ أَوْ لَمْ يَتَكَلَّفْ...

يـعنـي : لا يشترط في المجعول له وهو العامل أن يـكون معيناً بخلاف الإجارة فإنه لا يجوز أن يكون الأجير إلا معيناً ، ولا يشترط في المجعول له التعيين .

وقوله : (**عَلِمَ بِالْجُعْلِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ**) بيان ؛ لأنه لا يشترط علم المجعول له بالجعالة وهو قول ابن الماجشون وأصـبغ وغيرهما ، وذكره ابن حبيب عـن مالك ، وقال ابن القاسم في «العـتبـية»[(١)] : إذا قال من جاءني بعبـدي الآبق فله عشرة دنانير فجاء به مـن سمعه فله العشـرة ، وسواء كان شأنـه أو لا ، وإن جاء من لم يسمعـه لم يكن له ذلك إلا أن يكون ذلك شأنه ، فاشترط ابن القاسم سماع الجعالة فيمن لم تجرِ عادته بذلك .

قال في «البيان»[(٢)]: وقول ابن القاسم أظهر ؛ لأن الجاعل لما أراد بقوله : من جاء بعبده

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٤٦٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٤٦٧) .

فله عشرة ، تحريض مـن سمع قوله فلا تجب إلا لمن سمع ، واستحـسن اللخمي قول ابن حبيب إذا قال : علمت على الجعل ولم أتطوع ، إلا أنه قال : كان له الأقل من جعل مثله أو ما جعل له سيده .

وقـال المازري : إن قال في ملأ من الناس : مسن جـاء به فله عشرة ، فأتى به من لم يسمع وهو ممن يطلب الإباق فله جعل مثله ، وإن كان ممن لا يطلب الإباق فههنا قولان : قال ابن القاسم : يدخل في الخطاب لسماعه ، وقال ابن حبيب : لا يدخل إذا كان ممن لا يطلب الإباق ، انتهى باختصاره .

قوله : «وقال بعض الشيوخ» لعله اللخمي فإنه قال : من جاء به من ذلك شأنه ، وقال : لم أعلم تلك التسـمية لأن لي طلب مثل ذلك من غـير قول السيـد ، وإنما أفادني قول سيـده المعرفة أن قـد ذهب له عبـد حلف على ذلك وكان له جعل مـثله إذا كان أكـثر من المسمى .

وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ

يعـني : وعلى المجعول له نفقة الآبق والشـارد في مدة الإتيان به إلى سيده ، وهذا قول ابن القاسم في «العتبية» ، وفي «الموازية» .

ووجهه أن الجعل إنما هو على أن يأتيه به ويوصله إليه فلا يلزم الجاعل عن الجعل .

ابن عبد السلام : وفيه نظر ؛ لأن العوض جزء من المعوض وذلك بيع مقترن بالجعالة ، إلا أن يقال : إن ذلك من ضـروريات هذا العقد ، ولا يتصـور الانفكاك عنه إلا أن يجعل سلفاً مـن المجعول له يؤديه عـنه الجاعل إلى أن يصل إلى سـيده الجعل يرد بـه إلى قاضي الموضع لينظر لسيده بما رآه من سجنه أو بيعه ويحكم له بجعله ، فإن لم يفعله وأرسله بعد أن أخذه ضمن ؛ لأنه أتلفه عليه .

فَلَوْ أَحْضَـرَهُ قَبْلَ الْقَوْلِ وَعَادَتُهُ التَّكَسُّبُ بِذَلِكَ فَلَهُ أَجْـرُ مِثْلِهِ بِقَدْرِ تَعَـبِهِ ، وَإِنْ شَاءَ رَبُّهُ تَرَكَهُ لَهُ وَلا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَادَتَهُ فَلَهُ نَفَقَتُهُ فَقَطْ ...

لما تكلم على ما إذا أتى به بعد التزام رب الجعل تكلم على ما إذا أتى به قبل التزام رب الجعل ، وقوله : (**فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ**) يريد إذا كان ربه ممن لا يتولى ذلك بنفسه كما تقدم وكان لربه تركه ؛ لأن أجرته قـد تزيد على قيمة ربه فلو تكلف دفع الأجـرة هنا لتضرر بذلك ،

وسقطت الأجـرة إذا لم تكن عادته طلب الإباق ؛ لأن الغـالب ممن يفعل ذلك الاحتساب بالله تعالى .

وخرَّج بعـضهم فيهـا خلافاً من الخلاف المـتقدم في الإجارة إذا كـان ربه لا يتولى ذلك بنفسـه ، وإنما يستأجر علـيه ، ولم يحكموا بالاحتـساب بالنفقـة ؛ لأن النفوس لا تخف عليها النفقة بخلاف من المنافع .

فإن قـيل : فما الفرق بين النفقة هنا وبين النفـقة على اللقيط فإنهم قالوا : لا يرجع بها إذا ظهر له أب ؟

قيل : لأن اللقيط لما كان حراً ولا يعلم له أب فالمنفق عليه لا يدخل على العوض غالباً ، وأما الآبق فـهو مملوك وسيـده مليء ولو لم يكن إلا به ، وقال ابن المـاجشون فـيمن ليس شأنه : لا شيء له ؛ لا نفقة ولا أجرة .

وَلَوِ اسْتُحِقَّ بَعْدَ أَنْ وَجَدَهُ فَالْجُعْلُ عَلَى الْجَاعِلِ لا عَلَى الْمُسْتَحِقِّ

بعد أن وجده يعني قـبل أن يقبضه الجاعل فالجـعل على الجاعل ؛ لأنه هو الذي أدخله في العمل .

ابن القاسم في «العتبية»[1] **و «الموازية»** : ولا شيء به على المستحق .

وقال ابن المواز : الجعل على الجاعل ويرجع على المستحق بالأقل من ذلك أو من جعل مثله ، قال : وقاله من أرضى .

اللخمي : وهو أبين إلا أن يكون المستحق ممن يطلب بنفسه أو بشخص عنده بلا أجرة ، وقيد صاحب «البيان»[2] هذا الخلاف بما إذا أخذ المستحق العبد ، قال : وأما إن أجاز البيع وأخذ الثمن فالجعل على الجاعل قولاً واحداً .

وَفِي سُقُوطه بِحُرِّيَّةٍ قَوْلانِ

أي : سقوط الجعل ، وفي بعض النسخ (**سُقُوطُهَا**) فيعود الضمير على الجعالة ، ومعناه إذا جعل سيـد العبد جعلاً على الإتيان به فـجاء به شخص فظهر أنه حر ؛ فـقال أصبغ :

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٥) .

يسقط ولا جعل على أحد ، وقـال ابن القاسم : لا يسقط ويكون على الجاعل ، ورأى أن الجاعل هو الذي أدخله في ذلك .

الْجُعْلُ كَالإِجَارَةِ

أي : يشترط فيه نفي الجهالة كـالإجارة ، وأحال المصنف الجعل على الأجرة مع أنه شبه الأجرة بالثمن ، فكل مـا جاز بيعه جاز الاسـتئجار به وجاز أن يكون جعـلاً وما لا فلا ، وعلى هذا فيـشترط في الجـعل أن يكون طاهراً منتفـعاً به مقـدوراً على تسليمه مـعلوماً ، واستثنى ابن القاسم على مـا نقله صاحب «البيان»[1] وغيره من هذا مـسألتين بجوازه في الجعل دون البيع :

الأولى : أن يجعل على أن يغرس له أصولاً حتى تبلغ حد كذا ثم هي والأصل بينهما، فإن نصف هذا لا يجوز بيعه .

والثانية : أن يقول: انفض زيتوني ، فما لقطت فلك نصفه .

فَلا يَجُوزُ بِعْهُ وَلَكَ مِنْ كُلِّ دِينَارٍ قِيرَاطٌ ، وَلا لَكَ نِصْفُ الآبِقِ

هذا مفرع على مـا قبله فلذلك عطفه بالفاء ، ولم يجـز ؛ لأنه لا يعلم بكم دينار يباع فصار الجعل مجهولاً ، وكذلك نصف الآبق مجهول .

قال في «المـوازية» : وأجاز مالك في بـيع الثياب أن يـقول : بعهـا ولك في كلِّ ثوب درهم ، ولم يجز في كل دينار درهم .

فَإِنْ نَزَلَ فَلَهُ جُعْلُ مِثْلِهِ

أي : فإن وقع الجـعل في هاتين الصورتين أو في إحـداهما على الوجه المـمنوع لم يجز ذلك ورد إلى جعل مثله .

وذكر المصنف هذه المسألة ولم يكتفِ بما سيذكره في حكم الجعل الفاسد ؛ لأن في هذه المسألة مـعنى زائدا، وهو أنه قال في «المدونة»[2] في مسألة الإباق : فـإن جاء به فله أجر مثله وإن لم يأت به فلا شيء له ، وظاهره أن الواجب له أجر المثل .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١٥) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٣٥) .

لكنْ المحققـون على ما قـال المصنف أن مرادَهُ جُعل المثل لقـوله : «وإن لم يأت به فلا شيء له» لأن الواجب له أجرة المثل ، ولو كان المراد حقيقة الأجرة لوجب له إذا عمل سواء ظهر لعمله فائدة أم لا .

ولعل المصنف ذكر هذا إشارة إلى تأويل مـسألة «المدونة»، واستغنى بتعبـيره بالجعل عن قوله في «المدونة»: وإن لم يأتِ به فلا شيء له ، على أن صـاحب «البيان» حمل «المدونة» على ظاهرها واستشكلها .

فرع :

فـإن ملك العبـد في قوله : ولك نصـفه ، قـبل أن يدفع إلى ربه ، فـفي «النكت»[1] للمجعول له على الجاعل قيمة عنائه في رجوعه إلى وقت هلاكه ، وللجاعل على المجعول له قيـمة نصف عبده يوم قـبضه ؛ أي : ويقـدر أن المجعول له مشـترٍ له يوم قبضـه شراء فاسداً.

وَلَوْ قَالَ : لِوَاحِدٍ دِينَارٌ وَلآخَرَ دِينَارَانِ فَرَدَّاهُ مَعاً فَقَوْلانِ : يَنْفَرِدَانِ ، وَيَشْتَرِكَانِ

تصوره ظاهر ، وقوله : (**فَرَدَّاهُ مَعاً**) ؛ أي فجاءا معاً به .

وقـوله : (**يَنْفَـرِدَانِ**) هو القول الأول أن يكون لكل واحد نـصف جعله ؛ فلصاحب الدينار نصفـه ولصاحب الدينارين دينار ، وهذا قول ابن نافع ونقله ابن المواز عن ابـن عبد الحكم واختاره هو واللخمي وغيرهما .

(**وَيَشْتَرِكَانِ**) هو القول الثاني ؛ أي في أكثر الجعلين وهما الديناران فيكونان بينهما أثلاثاً لصاحب الدينار ثلثـهما ولصـاحب الدينارين ثلثاهما ، وهو قـول ابن القاسم في «المدونة» ورأى أن الجاعل قد رضي بدفع أكثر الجعلين .

قـال في «النكت» [2]: ولو جعل لأحدهما عشرة وللآخر عـرضاً فأتيا به معاً ، فعلى قول ابـن نافع : لهذا نصف عـشرة ولهـذا نصف عرض ، وعلى قـول ابن القاسم يـقدم العرض فإن سمى خمسة فلصاحب العشرة ثلثاها ويخير الآخر بين أن يأخذ ثلث العشرة أو يأخذ ما يقابل ذلك من العرض وهو ثلثا ذلك العرض من الذي جعل له .

---

(١) « النكت والفروق » (٢/٨٨) .

(٢) « النكت والفروق » (٢/٨٨) .

الْعَمَلُ : كَعَـمَلِ الإِجَارَةِ إِلا أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَـعْلُوماً ، فَإِنَّ مَسَافَةَ رَدِّ الْعَـبْدِ وَالضَّالَّةِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ...

قـوله : (**كَعَـمَلِ الإِجَارَةِ**) أي : فيشترط فيه الشـروط المتقدمة في الإجارة ، واستثنى المصنف كونه معلوماً فلا يشترط هنا، وعلل ذلك بأن مسافة رد الآبق والضالة غير معلومة.

وأورد ابن عبد السـلام أن ظاهر كلامه أن المعلوميـة لا تشترط في جمـيع أنواع الجعالة وليس كذلك ، فـإن مذهب «المدونة» أنه لا يجوز الجـعل في حفر بئـر إلا أن تختبرا مـعاً الآخر ، وأجيب بأن حفر البئر قد ذكـر المؤلف في آخر الباب أنه متردد بين الجعل والإجارة وبين شروطه هناك .

وَلَوْ وَجَدَ آبِـقاً أَوْ ضَالاً مِنْ غَـيْرِ عَـمَلٍ فَلا جُـعْلَ لَهُ عَلَى رَدِّهِ وَلا عَلَى دَلالَتِهِ لِـوُجُوبِهِ عَلَيْهِ...

ذكر هذا ؛ لأن ما يشـترط في الإجارة من كون المنفعـة غير واجبة شـرط في الجعالة ، وهكذا قال ابن حبيب : من وجد آبقاً أو ضـالاً أو ثياباً فلا يجوز أخذ الجعل على رده ولا على أن يدله على مكانه ، بل ذلك واجب عليه ، وعلى هذا فقوله : (**لِوُجُوبِهِ عَلَيْهِ**) يرد إلى جميع ما تقدم ؛ أي : لوجوب ما ذكر عليه .

ويحتمل أن يكون مشيراً إلى الأكثر فقط ، ويكون علة منع أخذ الجعل على الأول عدم تقدم المنفعة ، وعلى هذا الأخير اقتصر ابن عبد السلام .

قال المازري : وإن أتى رجل إلى ربه عرف موضع الآبق فقال : أعطني دينارا وأنا أطلبه لك وأنا أخبـرك مكانه ، فإن كـان ممن لا يطلب ذلك فلا شيء له باتفـاق ، وإن كان ممن يطلبهم فقولان : قيل : له الذي سـمى ، وقيل : لا شيء له ، وأوجب عليه أن يخبره به وأن يصدقه عليه إن وجده ويأتيه به ، فلا يجوز أخذ الأجرة على ذلك .

والصواب لا شيء لـه إلا أن يكون سافر أن يخـبره لذلك لا لشـغل غيره ، فـيكون له أجرة تعبه بقدره وهذا معنى كلامه .

وَمِنْ شَرْطِهِ : أَنْ لا يُقَدَّرَ بِزَمَانٍ وَإِلا فَهُوَ إِجَارَةٌ

الضمائر كلها عائدة على العمل ، قال في «المدونة»(١) : ولا يكون مؤجلاً ، ألا ترى

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١١٧) .

أن من قـال : بع لي هذا الثـوب ولك درهم أنه جـائز وقت له في ذلك وقـتـاً أم لا وهو جعل، فإن قـال : اليوم ، لم يصح إلا أن يشترط أن يترك مـتى شاء ؛ لأنه إن مضى يوم ولم يبعه ذهب عـمله باطلاً ، وإن باع في نصفه أخذ الجـعل كاملاً ويسقط عنه بقـية عمل اليوم فهذا خطر ، والجعل لا يكون مؤجلاً إلا أن يكون إذا شاء أن يرده ، وقد قال في مثل هذا جائز وهـو جل قوله : (وَإِلا فَـهُوَ إِجَـارَةٌ) ؛ يعني وإن قدر بزمان وكـان الأجر بتمام الزمان عمل أم لا ؛ لأنه خرج من باب الجعالة ودخل في باب الإجارة .

تنبيه : واختلف في معنى قول سحنون في «المدونة» : «وقال في مثل هذا: إنه جائز» ما هو هذا المثل ؟

فقـال ابن أبي زيد[١] : هو الجعل المؤجل باليوم واليومين من غـير شرط أن يترك متى شاء، وقال ابن القـصار : يريد مثل هذا الباب في توقيت الجعل بيـوم أو يومين ، ويشترط أن يترك مـتى شاء ، ويكون أراد بجل قوله مـا في «المدونة» من الجواز ، ويقـابله ما رواه عيـسى عنه في من قال لرجل : جذ نخلي اليـوم فما جـذذت فلك نصفه ومـتى شئت أن تخرج خرجت لك نصف ما عملت ؛ لا خير فيه .

وقال ابن لبابة : يريد: الإجارة مـع اشتراط الترك متى شاء ، وأنه اختلف قـوله فيها ، فمرة رأى أنها إجارة جائزة، ومرة رآها إجارة فاسدة .

وقال صاحب «المـقدمات»[٢] : أما قول ابن أبي زيد فهـو خطأ صراح ؛ لأن الجعل إذا سمَّى فيه أجلاً [ولم][٣] يشترط أن يترك متى شاء لم يجز باتفاق ، فكيف يصح أن يقال : إنه جل قوله الذي يعتمد عليه ؟!

وأما تأويل ابن القـصار بعيـد من لفظ «المدونة» إلا أن معناه صحـيح تصح به المسألة ، وأما تأويل ابن لبابة فهو بعيد على ظاهر اللفظ غـير صحيح المعنى ؛ لأنها إذا كانت إجارة فهي إجارة ولا وجه لفساده ، وأما معنى المسألة عندي: أن قول ابن القاسم اختلف إذا قال الرجل للرجل : بع لي هذا الثوب ولـك درهم ، فقال في الكتاب : إنه جُـعل ولا يجوز إلا أن يشترط متى شاء أن يترك ترك ، ولـه قول آخر : إن ذلك جائز وهو إجارة لازمة لا

---

(١) « النوادر والزيادات » (٧/ ١٣) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٤٥) .

(٣) في ط : من لم .

جعل ، فـإن باع في بعض اليوم كان له من الأجـرة بحساب ذلك ، وهذا القـول قائم من المدونة وانظر «المقدمات» .

وأجاب بعضهم عن الشيخ أبي محمـد: بأنه لا يلزم من ترك اشتراط أن يترك متى شاء عدم الجواز ؛ لأن الترك متى شاء مفهوم من وضع الجعل لا يحتاج إلى اشتراطه .

وَفِي جَوَازِهِ فِي الشَّيْءِ الْكَثِيرِ قَوْلَانِ

أي : في جواز الجعل .

عياض : اشترط عبد الوهاب في الجعل أن يكون في الشيء القليل وخالفه غيره .

وقال في «المقدمات»[(١)] : الصحيح أنه جائز في كل ما لا يصح للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه قليلا كان أو كثيرا، [وغير جائز فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمامه كان قليلا أو كثيراً][(٢)] وبذلك قال ابن المواز: إن الجعل على حفـر الآبار لا يجوز إلا فيما لا يملك من الأرضين ؛ لأن ما يملك من الأرضين إن ترك العامل العمل بعد أن حفر ما ينتفع الجاعل به منها .

لكن أجاز ابن القـاسم الجعل في حفرهـا ـ وإن كانت في ملك الجاعل ـ فأمـا ما حكاه المصنف من القولين في طريقة بعضهم في نقـل ، ومنهم من يقول : ما يقبل القلة والكثرة لا يجوز الجعل على كـثيره ، وما لا يقبل إلا الكثـرة كالمغارسة فإن العمل لا يتم فـيها إلا بعد سنين فلا تكون الكثرة ما نقله منها ، انتهى .

ابـن المـواز : ويكون عند مالك وأصحابه الجعل على الشراء فـيما قل أو كثر في الحضر والسفـر ، لا بأس أن يجعل له على مـائة ثوب ليشـتريها له دينارا إذا كـان ما اشـترى له يلزمه، وأما إن كان يختار عليه ما يشتري فلا خير فيه .

مـالك : ولا يضمن المال محمولا إلا أن تعرف منه محـاباة أو اشترى غير ما أمره به ، وفي «المدونة» ما يتمسك به لما قاله عبد الوهاب من المنع ففيها[(٣)] : ولا يجوز الجعل على كثـير السلع والدواب والرقيق كـالعشرة أثواب ونحـوه ، ولا على ما فيـه مشقة سـفر من قليلها، لكن أجاز فيها الجعل على شراء الكثير .

(١) « المقدمات » (١/ ٤٤٧) .

(٢) سقط من ط .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ١١٧) .

وتأوله ابن يونس وعياض وجـماعة من القرويين وغيرهـم على معنى أنه لا يأخذ شيئا معلوما أو كـانت متساوية القيـمة أو دخلا على قصد الإجـارة على العدد ، ولو كان على القيم لم يجز ، قال : وأما لو كان لا يأخذ شيئا إلا بشراء الجميع فلا يجوز ، فالجعل على البيع والشراء سواء .

وقيـد ابن يونس الجواز في البيع أيضا بما إذا كان على أنه إن شاء أن يترك بقية الثياب ولم يسلم الثياب إليه ، قال : وكذلك الشراء يجوز إذا كان كل ما اشترى أخذ بحسابه وأن يترك متى شاء ، فإن وقع على هذا الشرط جاز في الجميع .

ونحوه في «الموازية» ، ونحـوه لابن رشد ، فقـال(١) : وقوله: إن الكثـير من السلع تصلح فيه الإجارة ولا يصلح فيه الجعل ، فإنما يريد في البيع خاصة ؛ لأن كثيرا من السلع إذا جاعله على بيعها ودفعها إليه ، كان الجـاعل قد انتفع بحفظه لها مدة كونها بيده ، ولو لم يدفعها لجـاز الجعل إذا جعل في كل ثوب منها جعلاً مـسمى ، ولزم الجاعل في الجعل في البيع جميعها ، ألا ترى أن الجعل في الشراء على الثياب الكثيرة جائز إذا كان لا يتولى حفظها وكلما ابتاع ثوبا أسلمه إلى الجاعل، ووجب له فيه جعله ، ولو شرط على المجعول له أن يمسك الثياب وتكون في أمانته وقبضه حتى يتم شراء العدد الذي جاعله عليه لم يجز للعلة التي قدمناها .

وَفِيهَا : مَا جَازَ فِيهِ الْجُعْلُ جَازَتْ فِيهِ الإِجَارَةُ وَلا يَنْعَكِسُ

تصوره ظاهر ، قال في «المقدمات»(٢): والأعمال على ثلاثة أقسام : منها ما يصح فيه الجعل والإجارة ، ومنها مـا لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة ، ومنها مـا تصح فيه الإجارة ولا يصح فيـه الجعل ، فـأما ما يصح فـيه الجعل والإجـارة فكثير ، مـن ذلك بيع الثوب والثوبين، وشـراء الثياب القليلة والكثـيرة، وحفر الآبار، واقـتضاء الديون، والمخاصـمة، والحقوق على أحد قولي مالك ، وروي عنه أن الجعل في الخصومة لا يجوز .

وأما ما لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة فنوعان :

أحدهما : ما لا يجوز للمجعول له فعله .

(١) « المقدمات » (١/ ٤٤٨) .

(٢) « المقدمات » (١/ ٤٤٨) .

والثاني : ما يلزمه فعله .

وأما ما تصح فيه الإجارة ولا يصح فيه الجعل فكثير أيضاً ، من ذلك خياطة الثوب وخدمة الشهر وبيع السلع الكثيرة وعلى بيع سلعة ببلد أخرى ، وما أشبه ذلك مما يبقى فيه للجاعل فيه حق منفعة ، وإن لم يتم المجعول له العمل ، وهل يشترط في صحته أن يكون للجاعل فيه منفعة أم لا ؟ في ذلك قولان .

وَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَإِنْ شَرَعَ لَزِمَ الْجَاعِلَ ، وَقِيلَ : لازِمَةٌ فِيهِمَا بِالْقَوْلِ، وَقِيلَ: فِي الْجَاعِلِ...

اختلف في لزوم عقد الجعالة على ثلاثة أقوال :

الأول : **ابن عبد السلام** : وهو المشهور أنها جائزة من الجانبين ولكل واحد منهما الإحلال إلا أن يشرع المجعول له في العمل فيلزم الجاعل ولا يكون له الانحلال .

الثاني : لازمة بالقول لهما قياساً على الإجارة ، وهذا القول حكاه اللخمي وغيره .

ابن راشد : وهو القياس .

والثالث : أنها تلزم الجاعل بالقول دون المجعول ، وهو قوله في «الواضحة» .

وَنَقْدُهُ كَالْخِيَارِ

يعني : ونقد الجعل كالثمن في بيع الخيار .

سحنون : جاز التطوع له ولا يجوز اشتراطه ، والتعليل فيهما واحد .

ابن عبد السلام: وهذا على القول الأول والثالث، زاد غيره ممن تكلم على هذا الموضع: وأما على القول بأنها لازمة لهما بالعقد فيجوز النقد بشرط كالإجارة .

خليل : والظاهر أنه لا فرق ؛ لأنه قد لا يجد الآبق مثلاً فيحتاج إلى رد الجعل .

وَيَسْقُطُ بِالتَّرْكِ إِلا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْجَاعِلُ عَلَى الإِتْمَامِ فَيَكُونَ لَهُ مَا بَقِيَ ، وَقِيلَ : مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى نِسْبَةِ عَمَلِه ...

أي : سقط جميع الجعل بترك المجعول له تمام العمل ، وقد قال ذلك في الإجارة إذا هرب الصانع ، المشهور في الإجارة أنها تكرى عليه ، فإن استأجر العامل من أتم العمل فإن له حينئذٍ أن يرجع عليه .

قوله : (**إِلا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْجَاعِلُ**) يريد : أو يجاعل ؛ إذ لا فرق بينهما .

وقوله : (**فَيَكُونَ لَهُ مَا بَقِيَ... إلخ**) يعني : اختلف إذا اكترى بما يجب للمجعول له ؛ فقـال مالك في «العتبـية»(١) : يكون له بنسبة مـا بقي ، فإذا جاعله على الإتيان بخـشبة بخمسة فـحملها نصف الطريق ثم ترك وجاعل عليها ثانياً بعـشرة فإنه يكون للأول خمس نسبة جعل الثـاني ، واعترضه ابن يونس فقال : الأول قد رضي أن يحـملها جميع الطريق بخمـسة فكان يجب على هذا أن يعطي نصـفهـا ؛ لأنه إنما حملها نصف الطـريق والمغابنة جائزة في الجعل وغيره ، وإلى هذا الاعتراض أشار التونسي .

ابن عبـد السلام : وقد يجاب عنه بأن عقد الجعـالة لما كان منحلاً من جانب المجعول له بعد العمل ، فإذا ترك بعد حمل نصف المسافة صار تركه لها إبطالاً للعقد من أصله ، فإذا اكترى ربها على حـملها انتفع بالحمل الأول فتلزمه قيمـته ، لكن إنما يحسن هذا إذا كانت الإجارة ثانيـاً بقية العمل فـأقل ، ولا يحسن إذا كانت بأكـثر على الاعتراض المذكـور فلا يجب للثاني إلا درهمان ونصف .

وحمل ابن راشـد القول الثاني في كلام المصنـف على اختيار ابن يونس ، ويحـتمل أن يريد به ما كان لابن القـاسم بقوله : إن له قيمة عمله يوم عـمل ، ويكون معناه ما لم يزد على نسبة قيمة عمله يوم عمل الأول .

قال في «العتـبية»(٢) : قال ابن كنانة : بل قيمة مـا عمل اليوم ؛ أي يوم عمل الثاني كانت القـيمة مـثل الجعل ، أو قال : وأكـثر ، ودخل ابن القاسم وابن كـنانة على مالك فقال: بل يعطى بقدر ما انتفع بحفره ؛ يعني القول الأول ، وهكذا رأيته في «العتبية».

وحكى اللخمي عن مالك مثل قـول ابن كنانة وذكر أنه قضى لابن كنانة ، فإن قلت : ما حملت عليه القول الأول من أن المراد أنه يكون للأول نسبة ما بقي خلاف ظاهر كلامه ، وإنما ظاهره أن يكون له ما بقي بعد إجارة الثاني ، فلا يكون في المثل المتقدم شيء ، قيل : نعم هو ظاهر كلامه لكن لم أر نقلاً يساعده ، قاله ابن عبد السلام .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٥١١) .

وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ سَقَطَ

أي : بعد أن يجده المجعول له ، وقبل أن يوصله لربه وكذلك لو هرب ؛ لأن العمل لم يتم .

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْجُعْلِ تَحَالَفَا وَوَجَبَ جُعْلُ الْمِثْلِ

نحوه في «الجواهر»(١) وفيه نظر ، لكنه إن كان تنازعهما قبل العمل فلا شك أن القول قول الجاعل لانحلال العقد ، والمجعول له بالخيار بين أن يجعل بما قال له أو يترك ، وإن كان بعد العمل فيكون القول قول العامل إذا كان بيده لحيازته ، إلا أن يدعي ما لا يشبه فيكون القول قول ربه ، فإن ادعى الآخر ما لا يشبه تحالفا كما تقدم في الصانع .

وَفِي الْفَاسِدَةِ ثَالِثُهَا : التَّفْصِيلُ كَالْقِرَاضِ وَلَمْ يُبَيِّنْ

واختلف في الجعل الفاسد هل يجب فيه جعل المثل وهو قول ابن القاسم من رواية أصبغ ، أو إجارة المثل وهو قول محمد بناء على أن المستثنى من أصل إذا بطل هل يرد إلى صحيح أصله أو إلى أصل نفسه ؟

والقول الثالث : التفصيل ؛ أي فيرد في بعض المسائل لجعل المثل وفي بعضها لإجارة المثل ، لكن لم يبين التفصيل هنا كما بين في القراض ، هذا معنى كلامه .

ولأن المصنف - والله أعلم - لما رأى ابن شاس ذكره مجملاً ولم يبينه اعتقد أنه وقع كذلك في قوله ، وقد بينه في «البيان»(٢) فقال : إن قال : إن وجدته فلك كذا وإن لم تجده فلك نفقتك .

فهذا يرجع إلى إجارة المثل ؛ لأنه جعله في الوجهين وليس بحقيقة الجعل ، وإن كان لم يسمِّ شيئاً إلا في الإتيان به ولا شيء له إلا أن يأتي به فإنه يرجع إلى جعل المثل ، قال: وهو أظهر الأقوال ، واختاره ابن حبيب وحكاه عن مالك مطرف وابن الماجشون ، وحكى قولين آخرين :

أحدهما في «العتبية» : له جعل مثله إذا وجده وأجر مثله إذا لم يجده .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ٧٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٤٢٧) .

والثاني في «المدونة»(١) : في الذي يقول : إن جئتني بعبدي الآبق فلك نصفه ، قال : له إجارة مثله إن أتى به ، وإن لم يأتِ به فلا جعل له ولا إجارة ، قال : لا حظَّ له في القياس .

وَمُشَارَطَةُ الطَّبِيب عَلَى الْبُرْءِ وَالْمُعَلِّمِ عَلَى الْقُرْآنِ وَالْحَافِرِ عَلَى اسْتِخْرَاجِ الْمَاءِ بِتَعْرِيفِ شِدَّةِ الأَرْضِ وَبُعْدِ الْمَاءِ ، وَكِرَاءُ السَّفِينَةِ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْجُعْلِ وَالإِجَارَةِ ...

هكذا ذكر ابن شاس(٢) هذه الأربعة وزاد المغارسة وهو أن يعطي الرجل أرضه لمن يغرس عدداً من الأشجار ، فإذا بلغت كذا وكذا كانت الأشجار والأرض بينهما ، قال : وكل هذه الفروع يختلف فيها وسبب الخلاف في جميعها ترددها بين العقدين .

ابن عبد السلام : وظاهر المذهب أن هذه الفروع كلها من الإجارة على البلاغ إلا مسألة الحافر فإنها من الجعالة ، ولا يقال : إن الإجارة على البلاغ مساوية للجعل في أن الأجرة لا تستحق إلا بتمام العمل ؛ لأنه لا يلزم من استوائهما في هذا الوجه استواؤهما في غيره، فإن الإجارة على البلاغ لازمة بالعقد بخلاف الجعالة .

ونص سحنون على أن الأصل في هذا الجعالة ، ووجه تردد هذه الأمور بين الإجارة والجعالة بأنه لما لم يكن للعامل شيء إلا بتمام العمل شابهت الجعالة ، ولما كان إذا ترك الأول العمل ثم كمل غيره يكون للأول بحسابه كما تقدم شابهت الإجارة .

قوله : (**بِتَعْرِيفِ شِدَّةِ الأَرْضِ وَبُعْدِ الْمَاءِ**) للمصاحبة ، وهي تجري مجرى الشرطية .

---

(١) « المدونة » (١١/ ٤٥٩) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ٧٧) .

كتاب إحياء الموات

إِحْيَاءُ الْمَوَاتِ : الأَرْضُ الْمُنْفَكَّةُ عَنِ الاخْتِصَاصِ

الأصل فيه قوله ﷺ : « مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لأَحَدٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا »(١) رواه البخاري .

وفي الترمذي والنسائي عنه عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرقِ ظَالِمٍ حَقٌّ »(٢) وهو حسن المسند .

وبدأ المصنف بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعاً قدمه وضعاً ، وإما لأن حقيقة الموات متحدة .

والإحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولاً ليذكر أضداده ، والتعريف الذي ذكره تبع فيه صاحب «الجواهر» ، وصاحب «الجواهر» تبع فيه الغزالي ، قال : السالم عن الاختصاصات بالجمع .

واستغنى المصنف عن الجمع بالاسم المحلى بأل المفيدة للعموم وهو قريب مما قاله الجوهري(٣): الأرض الميتة هي التي لا مالك لها من آدميين ولا ينتفع بها أحد ، ومعنى (**الْمُنْفَكَّةُ**) المخلصة والمنفصلة ، وفي بعض النسخ عِوَض (**الْمُنْفَكَّةُ**) (**السَّالِمَةُ**) ، ولما قال (**السَّالِمَةُ عَنِ الاخْتِصَاصِ**) شرع في وجوه الاختصاص فقال :

وَالاخْتِصَاصُ عَلَى وُجُوهٍ: الأَوَّلُ : الْعِمَارَةُ وَلَوِ انْدَرَسَتْ ، فَإِن كَانَتْ عِمَارَةَ إِحْيَاءٍ فَانْدَرَسَتْ فَقَوْلانِ ...

العمارة عمارة ملك كما لو ملك أرضاً بإرث أو هبة أو شراء .

قال في «المدونة»(٤): أو خطة ، والخطة هي الإقطاع من الإمام وهو أعم من أن يكون

---

(١) أخرجه البخارى (٢٢١٠) من حديث عائشة رضى الله عنها .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذى (١٣٧٨) والنسائى فى « الكبرى » (٥٧٦١) وأبو يعلى (٩٥٧) والبزار (١٢٥٦) والبيهقى فى « الكبرى » (١١٣١٨) من حديث سعيد بن زيد - رضى الله عنه ، وصححه الألبانى - رحمه الله .

(٣) « الصحاح » (١/ ٤٧٩) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٦٣) .

إقطاع تمليك أو إقطاع إحياء ، وقلنا: راده عمـارة ملك لمقابلتها بقوله: (**فَإِن كَانَتْ عِمَارَةَ إِحْيَاءِ فَانْدَرَسَتْ فَقَوْلانِ**) **أحدهما** أن اندراسها يخرجها عن ملك محييها ويجوز لغيره أن يحييهـا وهو قول ابن القاسم ، **والثـاني** لسحنون أنها للأول وإن أعـمرها غيره ، حكاه صاحب «البيان»(١) وغيره .

وحكى عنه ثالثاً إن كان قريباً من العمران فالأول أولى به ، وإن كان بعيداً فالثاني أولى بها ، قال : وقـوله عندي صحيح على معنى مـا في «المدونة»: أما ما قرب لا يحيـيها إلا بقطيعة من الإمام ؛ فكأنه صار ملكاً .

وسأل ابن عـبدوس سحنون هل تشـبه هذه المسـألة الصيد إذا نَدَّ؟ قـال: لا والفرق بين الصيـد لو ابتاعـه ثم ندَّ واستـوحش كان لمن اصطاده ، ولا خـلاف أن من اشتـرى أرضاً فاندرست فأحياها غيره أنها لمن اشتراها .

قال في «البـيان»(٢) : ولا أعلم نص خلاف أن من اشتـرى مواتاً واختطه لا يزال ملكه عنه بتركه إياه حـتى تعود حالته الأولى إلا أن الاختلاف يدخل في ذلك من مـسألة الصيد يند من صاحبه .

وقال ابن المواز فيه: إن الثاني أحق به ، ولم يفـرق بين أن يكون الثاني صاده أو ابتاعه فيلزم مثله في إحياء الموات ، ثم حصل في مسألة الصيد يباع والأرض الموات تباع ثم يعود إلى حالهما أقوال :

أحدها : أن الأول أحق بها .

الثاني : عكسه .

الثـــالث : أن الأول أحق بالصيد والموات إن كـان اشتراه وأن الثاني أحق بهـما إن كان الأول صاد الصيد وأحيا الموات .

الرابـع : الفرق بين الصيد والموات فـالثاني أحق بالصيد والأول أحق بالموات وهو الذي يأتي على ما قاله ابن عبدوس .

الخـامس : أن الثاني أحق بالموات والأول أحق بالصيـد ، قال : وإنما يكون الثاني أحق

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٢٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٢٢٣) .

بالموات من الأول على من رآه أحق به منه حسبما بيناه إذا كانت المدة قد طالت بعد عودها إلى حالتها ، وأما إن أحياها الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة ، وإن كان عن معرفة منه به فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول أن تركه إياه لم يكن إسلاماً له وأنه كان على نية إعادته ، واعترض على المصنف بأن قوله : (أَوَّلاً الْعِمَارَةُ) مستغنى عنه ؛ لأن مجرد الملك كاف في الاختصاص ولا يفتقر إلى العمارة ، وأجيب لعله إنما ذكر العمارة ليقسمها .

الثَّانِي : حَرِيمُ عِمَارَةٍ ، وَحَرِيمُ الْبَلَدِ مَا يُرْتَفَقُ بِهِ لِرَعْيِ مَوَاشِيهِمْ وَمُحْتَطَبِهِمْ مِمَّا تَلْحَقُهُ غُدُوّاً وَرَوَاحاً ...

أي : حد العمارة التي يمنع أن يحدث فيها أحد ما يضر بها .

عياض : والتحريم والحرام والحريم والحرمة المنع ، والمحارم من النساء الممنوع نكاحهن فحريم البئر ما يتصل به من الأرض التي من حقها ألا يحدث فيها ما يضر بها لا باطناً من حفر بئر ينشف ماؤها أو يذهبه أو مطمر تطرح النجاسة فيه فيصل إليها وسخها ولا ظاهراً كالبناء والغرس .

قوله : (وَحَرِيمُ الْبَلَدِ...إلخ) يعني : ما يحتاج إليه عامر الأرض من النواحي الخارجة عن الأرض التي يلحقه الخارج بمواشيه غدوا ورواحا .

سحنون : وما كان من العمارة على يوم وما لا تدركه المواشي في غدوها ورواحها فأراه من البعيد ، وأما ما تدركه المواشي غدوها ورواحها وأبعد من ذلك قليلا مما فيه الرفق للعمارة فهو من القريب ، ونحوه لابن القاسم .

وعن سحنون : يجتهد ويشاور أهل الرأي .

وَحَرِيمُ الدَّارِ الْمَحْفُوفَةِ بِالْمَوَاتِ مَا يُرْتَفَقُ بِهِ مِنْ مَطْرَحِ تُرَابٍ ، وَمَصَبِّ مِيزَابٍ ، وَالْمَحْفُوفَةِ بِالأَمْلاكِ لا تَخْتَصُّ ، وَلِكُلٍّ الانْتِفَاعُ بِمِلْكِهِ وَحَرِيمِهِ بِمَا لا يَضُرُّ الآخَرَ ...

يعني : أن الدار على ضربين : فإن كانت محفوفة بالموات ؛ أي : المحوطة بالموات فحريمها ما يرتفق به فيما ذكره المصنف ، وإن كانت محفوفة بالأملاك فليس لربها حريم تختص به ، لكن لكل واحد أن ينتفع بملكه وحريمه بما لا يضر بالآخر .

ولا يقال قوله : (لا تَخْتَصُّ) يقتضي أنه لا حريم لها وهو مناف لقوله : (وَلِكُلٍّ

الانْتِفَاعُ بِمِلْكِه وَحَرِيمِه) لأنه إنما نفى عنها أولاً الاختصاص بالحريم لا الحريم ، فيكون لكل دار حريم لكن لا تختص به .

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : فَأَمَّا حَمَّامٌ ، وَفُـرْنٌ ، وَ كِيرٌ لِلْحَدِيدِ ، وَرَحَى تَضُرُّ بِالْجِدَارِ فَلَهُمْ مَنْعُهُ ، قَالَهُ مَالِكٌ ...

لقوله عليه السلام : «**لا ضَرَرَ وَلا ضِرارَ**»[1]، واستخف في «المدونة» وغيرها التنور ، وقوله : **(فُرْنٌ)** يعني كان للخبز أو لسبك الذهب والفضة ، قاله في «المدونة» وغيرها .

وضرر الحمام والفـرن والكير بيّن ، وأما الرحى فكلام المصنف وظاهر الرواية يدل على أنها إنمـا تمنع لضرر الجـار ولو تضرر الجـار بصورتهـا فقط لم تمنع ، وهو قـول كثـير من الشيوخ.

وذهب بعضـهم إلى منع ضرر الصوت ، وأشار آخـرون إلى أنه إنما يمنع منه وقت النوم دون ما عداه ، وبالأول قال مطرف وابن الماجشون لأنهـما قالا في الغسال والضراب يؤذي جاره رفع صوتها لا يمنع ، لـكن قيده الباجي[2] بالصوت الضعيف أو مـا يستدام وأمَّا مَا كَانَ صوتاً شديداً كصوتِ الكمَّادِين فيمنع منه .

وصرح بعـضهم بأن المذهب عـدم مراعاة ضـرر الأصوات وأن القـول بمنع ذلك شاذ ، وجعله ابن رشد من المتفق على عدم اعتباره إلا على قول ضعيف .

وقَالَ أَشْـهَبُ : مَنِ اضْطُرَّ إِلَى حَفْرِ بِئْـرٍ فِي دَارِهِ حَفَرَ وَإِنْ أَضَـرَّ بِجَارِهِ وَهُوَ أَوْلَى بِمَنْعِ جَارِهِ أَنْ يَضُرَّ بِهِ مِنْ مَنْعِه ، قَالَهُ مَالِكٌ ...

هذا مقيد بأن يضر ببـئر جاره باعتبار تقليل مائها ، وأما لو حفر بـئراً للنجاسة فأضرت بماءِ بئره لمنع وردمت عليه اتفاقاً ، قاله اللخمي قـال : وبلوغ النجاسة كبلوغ الدخان وغيره في الظاهر ، وكذلك أيضاً يتفق على المنع إذا أضرَّ بجداره ، نقله ابن رشد[3] وذكر فيها : يضر بين الجدار أربعة أقوال :

الأول: قول أشهب : هكذا أنه يجوز إن اضطر وإن أضر بجاره .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٣٧٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٢٥٢) .

الثاني : ظاهر «المدونة» أنه يمنع إذا أضر بجاره وأطلق .

الثالث لابن كنانة : أن يحفر في داره بئراً وإن أضر ببئر جاره وأطلق .

الرابع في «العتبية» : لا يمنع إلا أن يضر ببئر جاره ضرراً بينا وهو أن يستفرغ ماؤه ماء بئر جاره .

ابن عبد السلام : وترك المصنف مذهب ابن القاسم في «المدونة» أنه لا يجوز إحداث بئر تضرُّ بالجارِ اضطر محدثها إليها أم لا ، قال : وخلاف ابن القاسم وأشهب عام في الأرض التي ملكت بإحياء أو بغيره ، والأظهر مذهب أشهب والله أعلم ، لأن ضررهما متقابل ويترجح من أراد الإحداث بأنه تصرف في ملكه .

وَلا تُمْنَعُ وَالأَبْرِجَةُ وَالأَجْبَاحُ إِلا أَنْ تُعْلَمَ الْمَضَرَّةُ للسَّابِقِ

(الأَبْرِجَةُ) للحَمَام **(وَالأَجْبَاحُ)** للنَّحْلْ .

ابن عبد السلام : والمضرة بالسابق إن كان لدخول حمام الأول أو نحله في الثاني فظاهر ، وإن أُمِن ذلك لكن يقل دخول ذلك في الأول فاختلف المذهب في رعي ضرره على قولين والأقرب مراعاته والله أعلم .

أما لو كان لغير برج وقالوا: إن ذلك يضرهم في زرعهم وشجرهم وطلبوا منعه من ذلك فقولان : أحدهما أنه لا يمنع من ذلك وهو قول ابن كنانة وأصبغ ، قال أصبغ : والحمام والدجاج والإوز والماشية لا يمنع من اتخاذه وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وأشجارهم وقاله ابن القاسم ، وقال مطرف وابن حبيب : يمنع إلا أن تكون كالماشية ، قال: لأن هذه طائرة ولا يقدر على الاحتراز منها .

فَإِنْ دَخَلَ حَمَامٌ أَوْ نَحْلٌ لا يُمْكِنُهُ رَدُّهُ فَهُوَ كَصَيْدٍ نَدَّ

قوله : **(لا يُمْكِنُهُ رَدُّهُ)** يعني ولو أمكنه رده رد اتفاقا ، قاله اللخمي واستشكل لأن إيواء الحمام إلى ملك الأول لا يوجب ملكه إذا لم يزل عن حالة التوحش إذا ند قبل وضع اليد عليه إن آوى إلى نخل الرجل لا يرد للأول ، وأما إن لم يمكن رده فقال في «المدونة»[1] : يكون للثاني ولا يرد للأول ، وإليه أشار بقوله : **(كَصَيْدٍ نَدَّ)** ولم يقل فهو للثاني ليدخل

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٩٥) .

في كلامه قول ابن حبيب .

وَحَرِيمُ الْبِئْرِ مَا لا يَضُرُّ بِمَائِهَا وَلا يَضِيقُ عَلَى دَوَابٍّ وَارِدِيهَا

أي : وليس له حـد مخصـوص ، هذا مذهب مـالك وابن القاسم في «المدونة» وغـير مالك، ومن الآبار مـا يكون في أرض رخوة وأخـرى في أرض صلبة فإنمـا ذلك على قدر الضرر في البئر ، هذا في آبار الماشية وكذلك في آبار الزرع منها بئر كثيرة الماء وأخرى قليلة الماء وإنما جعل لكل واحد ما يكفيها من الأرض وفي الوجهين :

قال ابن سحنون : حريم البئر والأرض والوادي في أرض غـير مملوكة عشرون ذراعاً ، وقيل: ستون ذراعاً .

وقال ابن نافع : حريم البئر العادية خمسون ذراعاً والذي ابتدئ عملها خمس وعشرون، وعكس ذلك ابن مصعب وزاد: وحـريم بئر الزرع خمسمائة ذراع وحريم الـنهر ما لا يضر بمن يرده .

وقال ابن المسيب : حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها .

ابن شـــهـاب : وسمعت الناس يقـولون حريم البئر خمسمـائة ذراع وحريم الأنهار ألف ذراع.

وروى الدارقطني مرسلاً عن ابن شهـاب عنه عليه السلام قال : « **حَرِيمُ الـبئرِ المحدَثَة خمسٌ وعشـرون ، وحريمُ البئرِ العاديَّة خـمسون ذراعاً ، وحريمُ بـئر الزرع ثلاثُمائَةِ ذراعٍ ، وحريمُ العَيْنِ السَّيحِ ستُمائةُ ذراعٍ** »[1] .

وسأل ابن غانم مالكاً عن حـريم النخلة فقال : قدر ما يرى أن فيه مصلـحتها ، قال : وسأل عن ذلك أهل العلم بـه فقالوا: اثنا عشـر ذراعا من نواحيـها كلها إلى عـشرة أذرع وذلك حسن ، وسئل عن الكرم أيضا وعن كل شجرة أهل العلم فقالوا: يكون لكل شجرة قدر مصلحتها .

---

(١) أخرجـه الدارقطنى (٤/ ٢٢٠) والبيـهقى فى « الكبرى » (١١٦٥٠) . وضـعفـه الألبانى - رحمه الله .

الثَّالثُ : التَّحْجيرُ وَفيه قَوْلان : قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لا يَعْرفُ مَالكٌ التَّحْجيرَ إحْيَاءً ، وَلا تَرْكَهُ ثَلاثَ سنينَ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ يُنْتَظَرُ ثَلاثَ سنينَ ، وَأَنَا أَرَاهُ حَسَناً ، وَقَالَ أَيْضاً : لا يُفيدُهُ ما لَمْ يَشْرَعْ بَعْدَ أَيَّامٍ يَسيرَةٍ مَا لَمْ يَمْنَعْ عُذْرٌ ، أَمَّا مَا لا يَقْوَى عَلَى عَمَلِه فَلا يُفيدُ اتِّفَاقاً ...

ما ذكره من رواية ابن القاسم نحوه في «الاستذكار»[١] و «الجواهر»[٢] و «التهذيب»[٣]، قال ابن القاسم : ما سمعت من مالك في التحجير شيئاً .

وقال أشهب : القول الثاني ، وقوله : **(وَقَالَ أَيْضاً)** أي : أشهب هو راجع إلى القول الأول فلذلك لم يذكر في المسألة إلا قولين : والتحجير هو ضرب حدود بإزاء ما يريده من الموات يريد بذلك منع الناس منه ، وقوله : **(أَمَّا مَا لا يَقْوَى...إلخ)** يعني : وإنما الخلاف فيما يمكن إحياؤه ، ومثال هذا في كونه إحياءً عند أشهب لابن القاسم - رعي كلأ الأرض، وحفر بئر الماشية فيها .

الرَّابعُ : الإِقْطَاعُ منَ الإِمَامِ وَهُوَ تَمْليكٌ وَلا يُطَالَبُ بالإِحْيَاء

أي : الرابع من وجوه الاختصاص ، وقوله : **(تَمْليكٌ)** أي : فله أن يهب ويبيع ويتصرف ويورث عنه وليس هو من الإحياء بسبيل وإنما هو تمليك مجرد .

قال الأستاذ أبو بكر : هكذا روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم سواء كانت في المهامه والفيافي أو قريبة من العمران ، ولا يطالبه الإمام بعمارتها بخلاف الإحياء ، هكذا قال اللخمي: إن ظاهر المذهب إن تملكها بشرط العمارة ، ولمطرِّف وابن الماجشون أن من أقطعه الإمام أرضاً - أي أعطاه- على عمارتها فله أن يبيع ويتصدق ما لم ينظر في عجزه فيقطعها لغيره .

ابن زرقون : ورأى غير واحد أنه تفسير ، وعده الباجي خلافاً والأول أظهر ، إذ لا منافاة بينهما لأن الإقطاع في الأول لم يكن للعمارة .

---

(١) « الإستذكار » (٧/ ١٨٥) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ٧٨) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٤٦) .

وَلا يُقْطِعُ غَيْرَ الْمَوَاتِ تَمْلِيكاً وَلَكِنْ إمْتَاعاً

أي : لا يقطع المعمورة وهو مراده بـ (**غَيْرَ الْمَوَاتِ تَمْلِيكاً**) وفيه نظر ، فقد نص في «البيان»[١] على جواز إقطاع البئر والمعمور من غير أرض العنوة ، قال: وهو ظاهر ما في «كتاب الداودي»، ومثله حكى ابن حبيب عن مالك من رواية ابن القاسم قال : قال: لا أرى للإمام أن يقطع أحداً من أرض العنوة .

قال في «البيان»[٢]: ورأيت للخمي جواز إقطاع المعمورة من أرض العنوة ليس بصحيح على مذهب مالك ، وأما الإحياء في أرض العنوة فقال بعض القرويين يجوز الإحياء في ما بَعُدَ من العمران وأطراف الأرض كانت أرض عنوة أو غيرها أسلم عليها أهلها .

وفي «البيان»[٣] : لا يصح الإحياء إلا في البور والإقطاع يكون في البور والمعمور لا في معمور أرض العنوة .

وقال ابن الهندي : لا يجوز الإحياء في أرض العنوة لأنها موقوفة لنوائب المسلمين وأطلق ، ويمكن رده إلى ما قبله .

وفي «**النكت**»[٤] : الأراضي خمس : أرض عنوة لا توهب ولا تباع ، وإنما تبقى لمنافع المسلمين ، وأرض صلح فهي لأهلها يصنعون فيها ما يحبون من بيع أو غيره ، وأرض أسروا أهلها لهم أيضاً ليس لأحد فيها شيء ، وأرض خرج عنها أهلها وتركوها فهي للإمام يجتهد فيه ما رأى ، وأرض العرب للذين كانوا فيها مثلنا قبل أن يسلموا أو بعد ذلك .

الْخَامِسُ : الْحِمَى ، وَلِلإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ إِذَا احْتِيجَ إِلَيْهِ وَقَلَّ مِمَّا فَضَلَ عَنْ مَنَافِعِ أَهْلِهَا ، وَحَمَى رَسُولُ اللهِ ﷺ الْبَقِيعَ لِخَيْلِ الْمُهَاجِرِينَ ، وَحَمَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا الرَّبَذَةَ لِمَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ فِي الْجِهَادِ ...

يعني : يجوز للإمام أن يحمي بشرطين :

الأول : أن يحتاج إليه .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٠١) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٠١) .
(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٣٠١) .
(٤) « النكت والفروق » (٢/ ٢١٢) .

والثاني : أن يقل ويفضل عن منافع أهلها .

وهكذا قال سحنون: الأحمية إنما تكون في بلد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها غرس ولا بناء وإنما تكون الأحمية منها في الأطراف حيث لا تضيق على ساكن ، وكذلك الأودية والعفاء التي لا مساكن بها إلا ما فضل عن نافع أهلها من المسارح والمراعي .

ووقع في بعض النسخ عوض (**قَالَ**) (**وَقِيلَ فِيهِمَا نَظَرٌ**) ، أما (**قَالَ**) فلإيهامها أنَّ مالكاً قاله وإنما هو لسحنون ، وأما الثانية فلإيهامها أن الثاني خلافاً للأول وليس كذلك ، وزيد شرط ثالث وهو أن يكون للجهاد ونحو ذلك .

وروى أبو داود عن الصعب بن جثامة **أنه عليه السلام حمى البقيع** وقال : « **لا حمى إلا لله ورسوله** »[1] انظر ما في الحديث من قوله: «**حمى**» وهو الذي قاله المصنف وذكره الجوهري[2] رباعياً فقال : وأحميت المكان جعلته حمىً .

و (**الْبَقِيعُ**) قيده عياض في «المشارق» بالنون ، قال : وهو الموضع الذي أحماه النبي عليه السلام والخلفاء بعده وهو صدر وادي العقيق على عشرين فرسخاً ومسافته ميل في بريد ، ونحوه للخطابي .

وضبطه أبو عبيدة بالباء مثل بقيع الغرقد ، وكذلك ذكره البكري .

و (**الرَّبَذَةُ**) بتحريك الباء والذال المعجمة والنقيع بالنون مستنقع الماء والبقيع موضع القبور بالمدينة .

وصح أن عمر رضي الله عنه قال لمن ولاه على الحمى: «**أَدْخِلْ رَبَّ الصُّرَيمة والغُنيمة وإيَّاكَ ونَعَمَ ابنِ عفانَ وابنِ عوف**» وقال له فيما أوصاه : «**اتَّقِ دعوةَ المظلوم فإنها مجابَةٌ ، والذي نفسي بيده لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم في أرضهم شبراً ، والله إنهم يزعمون أني قد ظلمتهم**»[3] والربذة اسم مكان .

السَّادسُ : الْقُرْبُ ، وَيَفْتَقِرُ فِيهِ إِلَى إِذْنِ الإِمَامِ فَلَوْ لَمْ يَسْتَأْذِنْ لَكَانَ لِلإِمَامِ إِمْضَاؤُهُ أَوْ جَعْلُهُ مُتَعَدِّياً ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لا يَفْتَقِرُ ...

(**فِيهِ**) أي : في القرب ، مفهومه أن البعيد لا يفتقر فيه إلى إذن الإمام .

---

(١)أخرجه البخاري (٢٢٤١) .

(٢) « الصحاح » (١/ ١٥٠) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٨٩٤) .

قال في «البيان» (١): وهو المشهور ، وعزاه في «النوادر»(٢) لمالك وابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون .

وروى يحيى عن ابن نـافع : ليس لأحد أن يفتح البـعيـد إلا بإذن الإمام ، وعلى هذا فثالثها المشهور يفتقر في البعد .

وفي «المـدونة»(٣) فيمن أقطع مواتاً بعيداً أو أحيـاه بغير إذن الإمام : ينظر فيه الإمام ، **(وَقَالَ أَشْهَبُ : لا يَفْتَقِرُ)** أي : إلى الإذن في القريب ، والمغيرة يمضي فعله ، والمشهور ما قاله المصنف وهو قول مالك وابن القاسم أن للإمام إمضاءه **(أَوْ جَعْلُهُ مُتَعَدِّياً)** أي : فيعطى قيمة إحيائه مقلوعاً ، ورأى اللخمي أنه يعطى قيمته قائماً للشبهة .

اللخـمي : وقال مُطرِّف وابن الماجشون : الإمام مخـير في أربعة أوجه : أن يقره له أو يقره للمسلمـين أو يعطيه قيمتـه مقلوعا أو يأمره بقلعه ويقـطعه لغيره ويكون للأول قيـمته منقوضاً .

ابن رشد(٤) : وهو القياس ، وقال في موضع آخر : وهو معنى ما في «المدونة» .

فرع :

ومن أحيى أرضـاً في الفيافي فليس لغـيره أن يحيي بالقرب منه إلا بإذن الإمـام ، قاله سحنون في «المجموعة» قال : لأنه صار بالإحياء عمراناً .

واعترض كلام المصنف بوجهين :

الأول : أن فيه تداخلاً ؛ لأن هذا السادس هو الوجه الثـاني وهو حريم العمارة ، وقيده هناك بما يرتفقون به مما يلحقونه غـدواً ورواحاً ، وهذا هو القريب ، وقد تقدم أن سحنون حدَّهُ هكذا وحد البعيد باليوم .

الثـاني : إذا كان القرب من وجوه الاختصـاص فلا يكون القريب مواتاً ، إذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور فيه إحياء ؛ لأن الإحياء إنما يكون في الموات .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/٣٠٢) .

(٢) « النوادر والزيادات » (١٠/٥٠٦) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٤٠) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٠/٣٠٢) .

وَأَمَّا الإِحْيَاءُ فَمَا يُعَدُّ فِي الْعُرفِ عِمَارَةً مِثْلَهَا كَبِنَاءٍ ، وَغَرْسٍ ، وَحَرْثٍ ، وَحَفْرِ بِئْرٍ ، وَإِجْرَاء نَهْرٍ ...

أي : مثل تلك الأرض .

عياض : الإحياء يكون بعشرة أشياء ، سبعة متفق فيها وثلاثة مختلف فيها .

فأما الثلاثة : فالتحجير ، وحفر بئر الماشية ، ورعي كلأ الأرض ليس هو إحياء عند ابن القاسم خلافاً لأشهب .

وأما السبعة فتفجير الماء فيها بحجر بئر أو فتق عين ، **الثاني** : إجراء الماء من عامرها ، **الثالث** : البناء ، **الرابع** : الغرس ، **الخامس** : الحرث وتحريك الأرض بالحفر ونحوه ، **السادس** : قطع غياضها وأشجارها ، **السابع** : كسر أحجارها وتسوية أرضها .

وقول المصنف : **(أَوْ حَفْرِ بِئْرٍ)** يريد : إذا لم تكن لماشية وإلا فحفر بئر الماشية ليس إحياء عند ابن القاسم .

وَفِي إِحْيَاءِ الذِّمِّيِّ فِي غَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ ثَالِثُهَا : يَمْلِكُ إِنْ كَانَ بَعِيداً

يعني أن الذمي إذا أحيى في جزيرة العرب لم يترك ، لقوله ﷺ : « **لا يبقين دينان بجزيرة العرب** »[1] وإن أحيى بغيرها فثلاثة أقوال يفرق في الثالث بين القرب والبعد كما تقدم .

ابن عبد السلام : وليس الأول منصوصاً للمتقدمين لكن ركن إليه الباجي[2] ، وقيل : بل ينزع ذلك منه كجزيرة العرب ، وهو قول ابن القصَّار ، ونص قوله عند اللخمي : وقال ابن القصار : ولا يكون للإمام أن يأذن لأهل الذمة في الموات ؛ ولم يفرق بين قريب وبعيد .

ابن عبد السلام : والثالث هو المنصوص للمتقدمين ، قال في الرواية : لأن ما قرب بمنزلة الفيء ، واستشكله الباجي[3] قال : يلزم عليه ألا يصح من المرأة والعبد لأنهما ليسا من أهل الفيء ، ولو قيل : إن حكمهم كالمسلمين ما بعد كما كان لهم ذلك فيما بعد ، وهذا هو الركن الذي ذكرناه ، انتهى .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٣٧٨) .

(٣) « المنتقى » (٧/ ٣٧٨) .

وذكر ابن يونس وغـيره أن ابن القاسم قال فـي «المجموعة»: من أحـيى من أهل الذمة أرض الإسلام فذلك له لقوله عليه السلام : «**من أحيى أرضاً ميّتا فهي له** »(١) ظاهره أنه لا فرق بين القرب والبعد .

ولا يقال الثـالث متـحد مع الأول لأنكم قلتم في الأول: إن حكمـه حكم المسلمين ، وحكمهم التفرقة كمـا في الثالث لأنهم لا حق لهم في القرب على الثالث مطلقاً ، وعلى الأول يكون لهم فيه حق إذا أذن لهم الإمام .

مالك : وجزيرة العرب الحجاز ومكة والمدينة واليمن ، زاد ابن حبيب والنجود فإنه قال ما معناه: إنّ حدها طولاً من أقصى عـدن وما والاها من أرض اليمن كلها إلا ريف العراق وحدها عرضا من جـدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشـام ومصر وفي المغرب والمشرق ما بين سرف إلى منقطع السماوة .

وَلاَ تُحَازُ الشَّوَارِعُ بِالْبُنْيَانِ

لأن الطرق محبسة ولا إشكال في منع ما يضـر وهدمه وأما ما لا يضر فروي عن مالك الجواز والكراهة ، فـإن نزل لم يهدم على ظاهر قول ابن القـاسم وأصبغ ، وذهب مطرف وابن الماجشون وسـحنون إلى المنع وأنه يهدم ، واختلف فيه قول أشـهب فكرهه مرة ومنعه أخرى وقال: يهدم .

ابن عبد السلام : قيل: والهدم هو المشهور ، وهو مقتضى كون الطرق أحباساً .

وَلاَ تُمْنَعُ الْبَـاعَـةُ مِنْهَـا فِـيمَـا خَفَّ وَلاَ غَـيْـرُهُمْ، فَـمَنْ سَـبَقَ فَهُـوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَـيْـرِهِ كَالْمَسْجِدِ...

احترز بقوله : (**فِيمَا خَفَّ**) مما يستدام ويضر بالمار .

خلـيل : وعلى هذا فلا ينبغي أن يشتـري من هؤلاء الذين يغرزون الخشب في الشوارع عندنا لأنهم غُصَّاب للطريق ، وقاله سيدي أبو عبد الله بن الحاج رحمه الله .

وقوله : (**فَمَنْ سَبَقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ كَالْمَسْجِدِ**) تشبيه لإفادة الحكم .

ابن عبـد السلام : ويسقط حق الجالس بقيامه لا بنيـة الرجوع أن يعود ، فأشار بعضهم إلى أن في المسألتين قـولين قال : ولم أر ذلك له ولا لغيره في المسجـد إلا ما وقع لهم في من ارتسم معرفة موضعه لسؤاله وغير ذلك .

---

(١) تقدم تخريجه .

وَلا يَنْبَغِي أَنْ يُتَّخَذَ الْمَسْجِدُ مَسْكَناً إِلا مُـجَرَّداً لِلْعِبَادَةِ وَلِقِيَامِ اللَّيْلِ ، وَخُفِّفَ فِي الْقَائِلَةِ وَالنَّوْمِ نَهَاراً ...

هكذا ذكر ابن حبيب ، والظاهر أن (ينبغي) هنا للوجوب ؛ لأن السكنى في المسجد على غير وجه التجرد للعبادة ممتنع ؛ لأنه تغيير له عما وضع له وعلى ولي الأمر وفقه الله تعالى هدم المقاصير التي اتخذوها في بعض الجوامع للسكنى.

وقوله : **(إلا مُجَرَّداً)** أي : إلا لرجل مجرد للعبادة بقيام الليل وإحيائه فلا بأس أن يكون ذلك منه دائماً .

ابن حبيب : إن قوي على ذلك .

وقوله : **(خُفِّفَ)** بضم الخاء مبني للمفعول ؛ لأن ابن حبيب ذكر عن عبد الملك قال : ولا بأس بالقائلة في المسجد والنوم فيه نهاراً وللمسافر والمقيم ، ولا بأس بالمبيت فيه للمسافر .

ابن حبيب : وأرخص أن يطعم الضيف في مساجد البادية ، وقال: ذلك شأن المساجد وكره أن يوقد فيه نار .

ابن عبد السلام : ومنهم من أجاز المبيت في مساجد المدائن ، والمشهور خلافه وهو أقرب إلى ما روي من الأثر .

اللخمي : ولا يجوز حدث الريح فيه وإن كان مخليا لحرمة المسجد والملائكة ، ويجوز قتل العقرب فيه ، وأجاز ابن رشد في «أجوبته» للملتجئ المبيت فيه وخاف أن يخرج لصاً أو سبعاً أن يتخذ معه آنية ليبول فيها .

قال في «مختصر ما ليس في المختصر» : ويجب على من رأى في ثوبه دماً كثيراً في الصَّلاة أن يخرج عن المسجد ولا يخلعه فيه ، قال : وقد قيل: يخلعه ويتركه بين يديه ويغطى .

وَيُكْرَهُ فِيهِ الْبَيْعُ ، وَالشِّرَاءُ ، وَسَلُّ السَّيْفِ ، وَإِنْشَادُ الضَّالَّةِ ، وَالْهَتْفُ بِالْجَنَائِزِ ، وَرَفْعُ الصَّوْتِ وَلَوْ لِعِلْمٍ ...

ينبغي أن تكون الكراهة هنا أيضاً على المنع ، وقد ثبت عنه عليه السلام قال للأعرابي الذي بال في المسجد : «**إن هذا المسجدَ لا يصلُحُ لشيء من هذا البولِ والقذرِ ، وإنما هو**

لذكْر الله والصـلاة والقراءة»(١) وفي النسائي أنه عليـه السلام قال : «**إذا رَأَيْتُم من يبيـعُ أو يَبْـتاعُ فـي المسجـدَ قـولوا : لا أَرْبَحَ الله تجـارتَكَ ، وإذا رأَيْتُمْ من يَنْشـدُ الضالةَ فـي المسجـد فقولوا: لا رَدَّهَا اللهُ عليكَ**»(٢) .

قوله : (**وَالْهَتْفُ بِالْجَنَائِزِ**) قال سيدي عبد الله بن الحاج : تسامح علماؤنا في الإعلام بالميت بأن يقف الرجل على باب المسجد عند انصراف الناس فيقول : أخوكم فلان قد مات بصوت يجـهر به على سنة الجهر، يعني: وأمـا ما يفعله الناس عندنا من زعـقات المؤذنين بذلك فهو من النعي المنـهي عنه ، فقد روى الترمذي عن حـذيفة رضي الله عنه أنه قال لما احتضر : إذا أنا مت فـلا تؤذنوا بي أحدا فإني أخاف أن أكون نعيا ، فـإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن النعي ، فإذا مت فصلوا علي وسلوني إلى ربي سلاً(٣) .

وقوله : (**وَرَفْعُ الصَّوْتِ وَلَوْ بِالْعِلْمِ**) أتى بـ (**لَوْ**) للمبالغة وهي إنما تحسن لو كان رفع الصوت بالعلم في غـير المسجد غـير مكروه كما قـال ابن مسلمة ، وأما على المشـهور من كراهة ذلك مطلقاً فلا ، قال مالك : ما للعلم ورفع الصوت ، ووجهه ما قال ابن حبيب: كنت أرى بالمدينة رسول أمـيرها يقف بابن الماجشون في مـجلسه إذا استعلى كـلامه وكلام أهل العلم في المجلس فيقول : يا أبا مروان اخفض من صـوتك وأمر جلساءك أن يخفضوا أصواتهم ، واستخف أهل المذهب قضاء الدين في المسجد ، ورأوه يسيراً من المعاملة بالبيع والشراء ، واستحسن جماعة عقد النكاح فيه ورأوه مخالفاً لعقد البيع .

وَيَجُوزُ للرَّجُـل جَعْلُ عُلْوِ مَسْكَنِه مَسْجِـداً ، وَلا يَجُوزُ جَعْلُ سُـفْلِهِ مَسْجِداً وَيُسْكَنُ الْعُلُوُ لأَنَّ لَهُ حُرْمَةُ الْمَسْجِدِ ...

نحوه في «المدونة» في باب الصلاة و «الواضحة» في كتاب الجعل من «المدونة» .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخـرجه التـرمذي (١٣٢١) والنسـائي فى « الكبـرى » (١٠٠٠٤) والدارمي (١٤٠١) وابن خزيمة (١٣٠٥) وابن حبـان (١٦٥٠) والحاكم (٢٣٣٩) والبيهـقى فى « الكبرى » (٤١٤٢) من حـديث أبى هريرة - رضى الله عنه، وقال الحـاكم : هذا حديث صـحيح علـى شرط مسلم ولم يخرجاه، وصححه الألبانى - رحمه الله.

(٣) أخرجه التـرمذى (٩٨٦) وابن ماجه (١٤٧٦) وأحـمد (٢٣٥٠٢) والبيهـقى فى « الكبرى » (٦٩٧١)، وحسنه الألبانى - رحمه الله.

وفـي «المدونـة»[١]: وكره مالك السكنى بالأهل فوق المسـجد ، فإن قلت : قد صرح بالكراهة هنا خلاف ما في «الواضحة» ، قيل : الظاهر حملها على المنع توفيقاً بين النقلين.

وكُرِهَ دُخُولُ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ عِنْدَ نَقْلِها إِلَيْه بِخلافِ الإِبِلِ

وإنما كره مالك عند نقلهـا شيئا إلى المسجـد لبناء أو غيرها لنجاسة أبوال الخـيل والبغال والحمير وطهارة أبوال الإبل ، على أن الإجازة إنما هو للضرورة وإلا فالمسجد منزه عن أقل من هذا .

وعـبر المصنف بالكراهة لأن ابـن حبـيب نقله عن مالـك كذلك ولذلك يصح أن يقـرأ (كَرِهَ) بفتح الكاف مبني للفاعل ويعود الضمير على مالك ، وبضم الكاف للمفعول .

وكُرِهَ أَنْ يَبْصُقَ عَلَى أَرْضِهِ وَيَحُكَّهُ وَأَنْ يُعَلِّمَ فِيهِ الصِّبْيَانَ

هذا ظاهر حكماً وتعليلاً .

وَأَمَّا الْمَـعَادِنُ فَـثَالِثُـهَا : إِنْ كَـانَ ذَهَباً أَوْ فِـضَةً فَـإِلَى الإِمَامِ وَإِنْ كَـانَ غَيْرَهُ فَلِـصَاحِـبِ الأَرْضِ أَوْ لأَهْلِ الصُّلْحِ ...

لما تكلم على المنافع المشتركة شرع في الأعيان المستفادة كالمعادن والمياه ، والثلاثة الأقوال قد تقدمت وتقدم الكلام عليهـا في باب الزكاة ، والأولان مبنيان على أن من ملك ظاهرها هل يملك باطنها أم لا ؟ والفرق استحسان .

وقوله : (**فَلِصَـاحِبِ الأَرْضِ**) أي : المعين (**أَوْ لأَهْلِ الصُّـلْحِ**) أي : فتحت صلحاً ، وحاصله : إن قسم المالك قـسمين وهو ظاهر ، وإن كان ابن عبد السلام قـد اعترض أيضاً قال : وعطف المصنف أهل الصلح على صاحب الأرض أنهم بعض أصحاب الأرض .

وَلا يَنْظُرُ الإِمَامُ فِيمَا يَخْرُجُ مِنَ الْبَحْرِ مِن العَنْبَرِ وَاللُؤْلُؤِ وغَيْرِهِ

قد تقدم أيضاً هذا في الزكاة من كلام المصنف ونص على أنه لواجده من غير تخميس.

قال في «المدونة»[٢] : وأما التراب يوجد بساحل البحر فيغسل فيخرج منه ذهب أو فضة ففيه الزكاة كالمعدن .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ١٢٣) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٣٦) .

وَأَمَّا الْمَاءُ فِي آنِيَةٍ أَوْ بِئْرٍ فِي مِلْكِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَمَنْعُهُ

نبه بـقوله : **(فِي آنِيَـةٍ أَوْ بِئْـرٍ)** على أنه لا فرق في ذلك بين مـا ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالآنية أو يخلـفه غيره كالبئر فيجوز له بيعه ومـنعه على المشهور ، وقال يحيى ابن يحيى : أربع لا أرى أن تمنع : الماء والنار والحطب والكلأ ، وقد ورد بمنع هذه الأربعة حديث ضعيف .

وقيـد ابن رشد هذا بالخـلاف بما إذا كان البئـر أو العين في أرضه بما لا ضـرر عليه في الدخول إلى الاستسقاء منها ، وأمـا البئر التي في دار رجل أو حائطه قد حط عليها فله أن يمنع من الدخول عليه .

وقوله : **(وَمَنْعُهُ)** مقيد بما إذا لم يؤد ذلك إلى هلاك قوم فيجب عليه حينئذ ، وهل له أن يأخذ العوض عنـه ؟ قولان : قال في «المدونة»(١) : وكل من وجـد في أرضه أو داره بئراً فله منعها وبيع مائها وله منع المارة منها إلا بثمن معهم وإن تركوا من غير ماء هلكوا ، وقال أيضـاً فيهـا في الذي انهارت بئره وخـاف على زرعه أنَّ له أن يسـقي بماء جاره الذي يجوز بيعه بغير ثمن .

ابن يونس : وإحياء النفوس أعظم من إحياء زرعه بغير عوض فلا .

وَمَـا يَسِيلُ مِنَ الْـجِبَـالِ فِي أَرْضٍ مُبَـاحَـةٍ يُسْقَى بِـهِ الأَعْلَى فَالأَعْلَى إِلَى الْـكَعْبَـيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُهُ...

لما في «الموطأ»(٢) أنه عليه السلام قال لسيل مَهْزُورٍ ومُذَينبٍ: «**يُمْسَكُ حتى الكعبين ثم يُرْسِلُ الأعلى على الأسفل**» ، ومهزور ومذينب واديان بالمدينة يسيلان .

وفي الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال للزبير لما أتى مخاصما لغيره : «**اسق يا زبيرُ ثم أرسلِ الماءَ إلى جارِكَ ، فغضب الأنصاري فقال : يا رسول الله أن كان ابن عمتك ، فتلوَّنَ وجـه رسول الله ﷺ ثَمَّ قـال : يا زبيرُ اسـقِ ثم احبسِ الماءَ حـتى يبلغَ الْجـدْرَ ، قال الزبيـرُ : فنزلت ﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ ﴾** الآية [النساء:٦٥]» ونظرنا في قوله عليه السلام: «**احبس الماء** » حتى بلغ الجدر فكان إلى الكعبين(٣) .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٤٣) .

(٢) أخرجه مالك (١٤٢٦) .

(٣) أخرجه البخارى (٢٢٣٣) ومسلم (٢٣٥٧) من حديث عروة بن الزبير .

قال الأئمة : وكأنه ﷺ ندب الزبير إلى إسقاط حقه رعيا للمجاورة ، فلما تكلم بذلك الرجل استوفى للزبير حقه ، وقوله : (الأَعْلَى) ظاهر التصور .

ابن نافع : والنيل كذلك ، فإن كان الجنانان متقابلين قسم الماء بينهما وإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لمقابل الأعلى بحكم الأعلى ولمقابل الأسفل بحكم مقابله ، واختلف هل قوله عليه السلام : « **إلى الكعبين** » بعد ري الجنان وإليه ذهب ابن الماجشون ومطرف وابن وهب ، أو قبل ريه ، وأما إذا روي فيرسل الجميع وهو قول ابن القاسم وابن رشد ، والأول أظهر .

قال ابن كنانة : بلغنا أنه إذا سقى الزرع أمسك الماء حتى بلغ إلى شراك النعل ، وإذا سقى النخل والشجر وما له أصل حتى يبلغ الكعبين ، وأحب إلينا أن يمسك غيره حتى يبلغ الكعبين لأنه أبلغ في الري .

وروى زياد عن مالك معنى الحديث أن يجري الأول في الماء بقدر ما يكون في ساقيته إلى الكعبين حتى يروي حائطه ثم يفعل الذي يليه كذلك ، واستحسنه ابن مزين .

وجوز ابن رشد أن يكون وفاقاً لرواية غيره قال : أما إذا لم يكن فيه فضل عما يسقى فيه واحد بعد واحد فإنه يكون خلافا ، قال : وهو الأظهر .

وعلى المشهور يرسل الأعلى جميع الماء في حائطه ثم ينتهي إلى الكعبين ثم من تحت كذلك هكذا أبداً ما لم يحتج الأول إلى إعادة السقي ثانية فيكون أحق به ثم الذي تحته ، فلا يكون في الماء حق لمن لم ينته إليه متى احتاج الأعلى إلى إعادة السقي ، وعلى رواية زياد لا يأخذ جميعه بل يأخذ منه في ساقيته بقدر ما يكون إلى الكعبين ثم من تحته كذلك حتى يتم الماء ، وأما إن لم يكن في الماء فضل ولا يتأتى به الفضل إلا الواحد فلا حق للأسفل إلا ما فضل عن الأعلى .

وَيُؤْمَرُ بِالتَّسْوِيَةِ فَإِنْ تَعذَّرَ سَقَى كُلَّ مَوْضِعٍ عَلَى حِدَةٍ

أي : ويؤمر الأعلى بتسوية أرضه إن كان بعضه أعلى من بعض .

قال سحنون : فإن تعذرت عليه التسوية سقى كل ما كان مستوياً على حدة وعد كأنه حوائط ، قاله الباجي .

إِنْ حَدَثَ إِحْيَاءُ الأَعْلَى فَالأَقْدَمُ أَحَقُّ

هو كالتقييد لما ذكر من تبدية الأعلى ، وهكذا قال سحنون ورأى أن هذه الصورة تخرج من عموم الحديث ضرب من الاستدلال ، لكن زاد سحنون على ما ذكره المصنف في فرض المسألة زيادة فقال : إن أراد أن ينفرد الأعلى بالماء ويسقي قبل الأسفل الذي أحيى قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف زرعه ، فالقديم أولى بشرط في إخراج هذه الصورة من العموم أن يكون زرع الأقدم يخشى عليه فيحتمل أن يرى أن الأقدم أولى إذا فقد هذا الشرط رعياً لظاهر الحديث ما أمكن .

فَإِنْ كَانَ مَسِيلُهُ فِي مَمْلُوكِهِ فَلَهُ حَبْسُهُ مَتَى شَاءَ وَإِرْسَالُهُ

هكذا قال سحنون ، يعني وإن أحب ألا يرسله فذلك له ؛ لأن بدخوله في أرضه يصير أحق به من غيره كما لو صدته نيته وهذا مقابل قوله: أرض مباحة أي غير مملوكة .

فَإِنِ اجْتَمَعَ جَمَاعَةٌ فِي إِجْرَاءِ مَاءٍ إِلَى أَرْضِهِمْ لَمْ يُقَدَّمِ الأَعْلَى ، وَكَانَ بَيْنَهُمْ يُقَسِّمُونَهُ بِالْقِلْدِ وَشِبْهِهِ عَلَى قَدْرِ أَعْمَالِهِمْ ...

تصوره ظاهر ، ولم يقدم هنا لأن الماء ملكوه قبل وصوله إلى أرضهم بسبب أعمالهم ، ويحسب ذلك العمل ويقسم بينهم عليه ، ولما ذكر القلد أخذ يفسره فقال :

وَالْقِلْدُ قِدْرٌ يُثْقَبُ وَيُمْلأُ مَاءً لأَقَلِّ جُزْءٍ وَيَجْرِي النَّهْرُ لَهُ إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ثُمَّ كَذَلِكَ لِغَيْرِهِ...

القدر لغة الحظ من الماء قاله صاحب «المحكم»، وإطلاقه على القدر من إطلاق الحالِّ على المحل .

وذكر المصنف ثلاث صفات : الأولى أن يثقب القدر بمثقاب ويملأ ماء لأقلهم جزءاً كما لو كان الثمن ، ثم يعلق على ثلاثة شعب ولا يزال النهر جميعه يجري إليه حتى ينفد ما في القلد ، ثم يجعل لصاحب النصف أربعة أمثاله أربع قدور ثم كذلك ، فإن اختلفوا فيمن يبدأ به فالقرعة .

أَوْ يُعْرَفَ مِقْدَارُ مَا يَسِيلُ مِنْهُ يَوْماً وَلَيْلَةً ، وَيُقْسَمَ عَلَى أَنْصِبَائِهِمْ ، وَيَجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِقْدَارَهُ فِي قِدْرٍ أَوْ قُدُورٍ بِمِثْقَابِ الأَوَّلِ وَيَجْرِي مِنَ النَّهْرِ لَهُ حَتَّى يَنْفَدَ ...

هذه هي الصفة الثانية ، وذكر أنه ينقب القدر بثقب فيوضع على يد أمين ثم يعلق القدر

مع انصداع الفجر ويجعل تحتها ما ينصب فيه ، وكلما هم أن ينضب الماء زاد فيه حتى يكون سيله معتدلاً لأن النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر فينحيانها ويقتسمان ما اجتمع من الماء على أقلّهم سهماً أو كيلاً أو وزناً ثم يجعل لكل واحدٍ قدرٌ تحمل سهمه من الماء ويثقب كل قدر بمثقاب الأول ، فإذا أراد أحدهم السقي غلق قدره بمائة وصرف له الماء كله مدة سيل الماء من القدر ، وكلمّا هم أن ينضب الماء من القدر زيد فيه إذا كان له أكثر من قدر واحد ثم كذلك ، وإن اختلفوا في البداية اقترعوا ؛ هكذا ذكر هذه الصفة ابن حبيب عن عبد الملك وغيره من علماء المدينة .

وعلى هذا فقول المصنف : **(فِي قِدْرٍ أَوْ قُدورٍ)** ليس بظاهر لأنهم قالوا : يجعل لكل واحد نصيبه في قدر ، ولهذا اعترض ابن يونس فإنهم إذا اختلفت أنصباؤهم كان صاحب الكثير مغبوناً ؛ لأن القدر كلما كبرت ثقل فيها الماء وكثر جريه من الثقب حتى يكون مثلي ما يجري من الصغيرة أو أكثر فيأخذ صاحب القدر الصغيرة أكثر من حقه لخفة جري الماء ، قال : والذي أراه لصاحب الكثير في القدر الأول .

وقد يقال: لعل المصنف أراد بقوله : **(فِي قِدْرٍ أَوْ قُدورٍ)** القولين ؛ أي : قول المدنيين وقول ابن يونس وتكون **(أَوْ)** للتفصيل ، لكن هو بعيد من كلامه .

عياض : واعتراض ابن يونس صحيح ، وقد غفل عما هو أشد منه وهو قوله : «وكلما هم الماء أن ينضب» فهذا فيه من الاعتراض نحو ما ذكره ؛ لأن صاحب القدر من الثقب وهي ممتلئة بخلاف صبها بعد نقصها ، ولو قال كلما نقص من الماء شيء زاده ليكون أخلص حتى يكون جري الماء من الثقب على حد واحد .

وقد تفطن لها أبو عبد الله بن العطار وقال : متى نقص الماء من القدر ملأها ولعله مراد ابن حبيب ، وإن كان النضوب في لسان العرف إنما هو عدم الماء وذهابه لا نقصه .

ابن العطار : وإن كان ابتداء شركهما في الأرض معلوماً من ميراث أو شراء أو نحوه وماء القدر حينئذ بينهم ، ثم تقاسموا فيحسب زمان البعيد منه من وقت أرسل إليه لا من وقت وصوله إلى أرضه ؛ لأن الأرض قد ضمت على حالها من القرب والبعد وإن لم يطم في الأرض التي لها ولا قسمته واشتراك قبل ولا كيف كان ملكهم ، يريد وكان ملكهم لها تأخر عن قسمة الأرض فلا يحسب على البعيد، لا من وقت وصول الماء إلى أرضه.

وقال ابن الماجشون في ورثة قسموا أرضاً ولها ماء كثير يكفي البعيد والقريب في السفر

فقلَّ ذلك صار لا يكفي البعيد فأراد نقض القسمة ، فقال: ينقض قسم الأرض ويرد قسم الماء فيزاد من بعد على من قرب بقدر ما يستوي القريب والبعيد في السقي ، فيكون البعيد منه أكثر ما للقريب كما لو قسمت الماء قسماً واحداً .

عياض : وهو غير مخالف للأول ، قال : وإذا كان هكذا لم تصح قسمته ماء القدر بينهم ولا يقاسمه ولا يجمع ما يخرج من القدر حتى يطلق أول الماء إلى أرضه وماء الثقب من القدر يجري في الأرض مراقاً غير مجموع ولا محبوس ، فإذا بلغ أرضه أشهدوا الإناء حينئذ ببلوغه بصوت أو ضرب حتى يبلغهم لحينه فيمتدون حينئذٍ بجميع الماء في الآنية وحسابه على ما تقدم .

أَوْ يُقْسَمُ بِخَشَبَةٍ يُجْعَلُ فِيهَا خُرُوقٌ أَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ

هذه هي الصفة الثالثة أي ينصب خشبة وتجعل فيها خروق متساوية للأنصباء يجري منها الماء ، وقوله (**أَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ**) أي : مما يوصل إلى القسمة كما لو قسم بالسهام ، وقد أطال عياض في هذه المسألة فانظره .

وَأَمَّا مَاءُ الْبِئْرِ الَّتِي حُفِرَتْ فِي الْفَيَافِي فَلا تُبَاعُ وَصَاحِبُهَا أَوْ وَرَثَتُهُ أَحَقُّ بِكِفَايَتِهِمْ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لا حَظَّ فِيهَا لِلزَّوْجَيْنِ ، وَلا يُمْنَعُ مَا فَضَلَ

قوله : (**وَمَاءُ الْبِئْرِ**) والماجل لأنه كالبئر على المشهور ، وقال المغيرة : له منعه لعظم النفقة فيه وعدم خلف ما أخذ منه فليس كالبئر .

وقوله : (**الَّتِي حُفِرَتْ**) أي : للمواشي ، وأما النخل والزرع فقال مالك : له المنع ولا يجبر إلا أن ينهدم بئر جاره ويخاف على زرعه فيقضى له عليه حتى يصلح بئره .

الباجي وغيره : ويشترط في الجبر أربعة شروط :

الأول : أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فانهار وأما إن كان على غير أصل ماء فلا يجبر .

الثاني : أن يخاف على زرعه وإلا فلا .

الثالث : أن يفضل ماء عن صاحب البئر .

الرابع : أن يشرع من انهارت بئره في إصلاحها وإلا فلا .

واحترز بالفيافي مما لو حفرها في ملكه فإن له المنع كما تقدم ، والفيافي واحدها فيفاء وهي الصحراء الملساء .

وقوله : **(فَلا تُبَاعُ)** إنما لا تباع ؛ لأن العادة جرت فيما حفر على هذا الوجه أن ينتفع ربها بشربها ويبقي ماشيتها ثم يتركها للناس فلذلك كان هو أو ورثته أحق بكفايتهم وما فضل عنه فللناس .

فإن قيل : يباع منها مقدار حق حافرها ، **قيل** : ذلك الحق غير منضبط وإنما يقدر بحسب عوارض الحاجات .

وظاهر قول المصنف : **(لا تُبَاعُ)** أن البيع ممنوع ، ونحوه في «المجموعة» و «الواضحة» ففيها : لا يباع ولا يورث ولا يوهب وصاحبها أو ورثته أحق بحاجتهم ، ومن استغنى منهم فليس له أن يعطيه غيره وهو قول ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب ، وهو قول أصحابنا وروايتهم عن مالك ، ونقل الباجي عن «المجموعة» أيضاً أنه قال فيها : قال مالك : لا يجوز بيع بئر الماشية .

قال عبد الوهاب : وظاهر قوله عليه السلام : «**لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ**»(١) .

الباجي(٢) : وظاهر «المدونة» أن المنع على الكراهة ، ففي الجعل والإجارة : أراه حراماً أي بيع الماء وبيع أصل البئر .

وصح فيها في موضع آخر بالكراهة قال : وعندي أن الكراهة إذا حفر على معنى الانفراد ، وأما إذا حكم له بحكم الإباحة فالتحريم .

ولذلك حمل صاحب «البيان»(٣) ما في «المدونة» الكراهة أنَّه حفرها لنفسه ، وما في «المجموعة» على أن مالكاً لم يصدّقه في ادعائه أنه حفرها لنفسه ، قال : وعلى هذا تتفق الروايات وهو أولى من حملها على التعارض ، وصاحبها أو ورثته أي بعد موته أحق بكفايته يحتمل في أنفسهم ويحتمل في أنفسهم ودوابهم والأول أولى ففي «المقدمات»(٤) :

---

(١) أخرجه البخارى (٢٢٢٦) ومسلم (١٥٦٦) من حديث أبى هريرة - رضى الله عنه.
(٢) « المنتقى » (٧/٣٨٨) .
(٣) « البيان والتحصيل » (١٣/٢٦٦) .
(٤) « المقدمات » (٢/٢٢) .

يبدأ أولاً أهــل الماء ثم المارة حتى تروى ثم دواب أهل الماء ثم دواب المارة ثم مــواشي أهل الماء ثم الفضل لسائر الناس .

وقال أشهب : دواب المسافرين قبل دواب أهل الماء ثم التبدية لجميع ما يروى به إن كان الماء كافياً للجميع ، وإن لم يكن في المــاء فضل بدئ بأنفس المجهدين ودوابهم وإن استووا عند أشهب بدئ بالمسافرين .

قال ابن لبابة : إذا اسـتووا في الجهد فأهل الماء أحق بالتبـدية لأنفسهم ودوابهم وإن قل الماء جـداً وخيف على بعـضهم بتـبدية بـعض أخذ الماء بقـدر ما يذهب عنهم الخـوف ثم المسافرون كذلك ثم دواب أهل الماء ، قال : ولا خلاف عندي في هذا الوجه ، انتهى .

ابن الماجـشون : وإن كان لورثته سنة من تقديم ذي المال الكثير أو قوم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا استهموا .

قــال في «المقدمــات»(١) : وهذا عندي إذا استــوى قعددهــم من حافرها وأمــا إن كان بعضهم أقرب فهو أحق بالتبدية قَلَّتْ ماشيته أو كثرت .

قوله : **(وَلا حَظَّ فِيهَـا لِلزَّوْجَيْنِ)** هكذا قال ابن الماجشون ، وتأوله الباجي وابن رشد وغيرهما على ما إذا لم يكن أحد الزوجين من بطن الآخر ، وقيل: لا يختص ورثة حافرها بما كان له وإنما ذلك لأنه لا تورث بئر الماشية على معنى الملك .

وَالْمُسَافِرُونَ أَحَقُّ مِنَ الْمُقِيمِينَ ، وَلَهُمْ عَارِيَّةُ الدَّلْوِ وَالرِّشَاءِ وَالْحَوْضِ

يعـني : بعد أهل البئر كما تقدم ، ووجهه ظاهر لأنه إذا بدأ بالمسافرين خلصوا لسفرهم وشأنهم .

وقوله : **(وَلَهُمْ)** أي المسافرين على الحاضرين **(عَارِيَّةُ)** الآلة .

ابن عبد السلام : وهي إطلاقات أهل المذهب أن وجوب عارية الآلة في هذا الباب عامة في حق المليء والفقير ، ولعل ذلك لأن مالكاً لم يتخذها للكراء (وَالرِّشَاءِ) ممدودٌ الحبلُ .

فَلَوْ بَيَّنَ حَافِرهَا وَأَشْهَدَ أَنَّهُ مِلْكٌ فَقَالَ الْبَاجِيُّ : الظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْلِكُ وَلا نَصَّ فِيهِ

أي : لو بين حافر بئر الماشية وأشهد أنه أي المالك ، وكلام الباجي ظاهر .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٢) .

ونص في «البيان»[١] على أن الحكم هنا إنما يملك ولم يذكر خلافه ، بل قرره على أنه هو المذهب .

خليل : وهذا مبني على فهمه من «المدونة» إنما هي أنه حفرها لنفسه وأن ذلك متفق عليه كما تقدم .

وَأَمَّا تَوَابِعُ الْمَاءِ مِنَ الصَّيْدِ وَالْكَلأِ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَرْضٍ غَيْرِ مَمْلُوكَةٍ لَمْ يُمْنَعْ أَحَدٌ ...

إنما كانت توابع الماء لأنها لا تكون إلا حيث يكون .

وقوله : **(فَإِنْ كَانَ)** أي : في الأصل وهو الماء وهكذا قال في «الجواهر»[٢] ، وهذا كالأودية والأنهار والأراضي التي ليست مملوكة وعلة هذه المسألة واضحة ، لأنه لما كان الصيد والكلأ غير مملوكين وكان الماء أيضاً غير مملوك كانا كسائر المباحات فمن سبق كان أحق به ، **(وَالْكَلأ)** مهموز مقصور .

الجوهري[٣] : يطلق على الرطب واليابس ، وقيل: الكلأ بالقصر هو الربيع وبالمد هو الحشيش .

وَأَمَّا الْمَمْلُوكَةُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : سَأَلْتُ مَالِكاً عَنْ بُحَيْرَاتٍ بِمِصْرَ يَبِيعُ أَهْلُهَا سَمَكَهَا فَقَالَ : لا يُعْجِبُنِي لأَنَّهَا تَقِلُّ وَتَكْثُرُ وَلا أُحِبُّ لَهُ مَنْعَ أَحَدٍ يَصِيدُ ، وَقَالَ سَحْنُونٌ : لَهُ مَنْعُهُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ طَرَحُوهَا فَتَوَالَدَتْ مُنِعَتْ

يعني : وأما إن كان الماء مملوكة ، وقوله في رواية ابن القاسم : لا يعجبني هو على المنع بدليل تعليله بقوله **(لأَنَّهَا تَقِلُّ وَتَكْثُرُ)** إذ الجعل مقتضى المنع ، وهذه الرواية رواية في «المدونة» .

ورأى ابن الكاتب أنه إنما منع ذلك لأن الأرض ليست لهم وإنما هم متولون لها إذ أرض مصر أرض خراج ، وأما إن كان أرض أنساب وملكه فله منع الناس ، وقال غيره من القرويين : إنما لا يمنع الناس منها إذا كان لا يصيد ذلك إذ لا يجوز بيعه لأن بيعه غرر ،

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/٢٦٦) .

(٢) « الجواهر » (٣/٨٦) .

(٣) « الصحاح » (٢/ ١٢٠) .

وإلى هذا ذهب صاحب «المقدمات»(١) لأنه قال : واختلف في الصيد في الغُدر والبرك التي تكون في ملك الرجل فقال ابن القاسم: له المنع ، ثم ذكر الثلاثة .

وذكر الباجي(٢) أن ابن حبيب روى عن أصبغ أن ابن القاسم ساوى بين الناس فيما كان في ملكهم أو غير ملكهم كالكلأ .

قوله : **(وَقَالَ سَحْنُونٌ : لَهُمْ مَنْعُهُ)** أي : لأهل الأرض منع من يصطاد ورأى أنه يملك الصيد لكونه في أرضه.

وفرق أشهب فقال : إن طرحوها فتوالدت فلهم المنع ، وإن جره الماء فلا ، زاد الباجي في قوله بعد قوله : «وإن لم يطرحوها فلا» إلا أن يضر به الصائدون .

مطرف وابن الماجشون : لهم المنع فيما كان ملكاً لأهله في حوزهم قالا : وما كان في الأنهار والخلج التي لا تملك لمن له بها سكنى أن يمنع من طرأ .

اللخمي : وأرى الأرض المملوكة على أربعة أوجه : إن طرحوه فيها أو كان في مذدرع وتركها لذلك فهو أحق وإن كان في مزدرع ولم يأت أبان الزراعة ولو أتى لمسيل الماء عنها فهو كالكلأ والماء وإمساكه هنا أشبه من الكلأ ومن فضل ماء البئر لأن الكلأ يملك وفضل ماء البئر يذهب تحت الأرض فلا يمنع ما ينفع غيره وإن تركه هلك وذهب ، والحرث يبقى وينمو ويتوالد فكان له منعه وبه أخذ ، انتهى .

وَأَمَّا الْكَلأُ فَسَأَلَ ابْنُ دينار ابْنَ الْقَاسِمِ ، وَابْنُ حَبِيبٍ مُطَرِّفاً عَنْ مَا يُمْنَعُ مِنْهُ وَمَا يُبَاحُ فَقَالا : لا يَبِيعُ وَيَمْنَعُ مَا فِي مُرُوجِه وَحِمَاهُ مِنْ مِلْكِه ، وَيُبَاحُ مَا فَضَلَ عَنْهُ مِمَّا فِي فُحُوصِهَا مِنَ الْبُورِ وَالْعفَا ، قَالا : إلا أَنْ يَكْتَنِفَهُ زَرْعُهُ فَلَهُ مَنْعُهُمْ لِلضَّرَرِ ، وَسُئِلَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فَسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي بَيْعِه إلا مَا فَضَلَ عَنْهُ مِنَ الْعَفَا ، وَسَوَّى أَشْهَبُ فِي مَنْعِه ، وَقَالَ : هُوَ كَالْمَاءِ الْجَارِي لا يَحِلُّ مَنْعُ مَا فَضَلَ عَنْهُ وَلا بَيْعُهُ إلا أَنْ يَجُزَّهُ وَيَحْمِلَهُ فَيَبِيعَهُ ...

أي : سأل عيسى ابن القاسم عن رأي مالك وكذلك ابن حبيب سأل ابن الماجشون عن رأي مالك ، هكذا صرح به جماعة .

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٢٣) .

(٢) « المنتقى » (٧/ ٣٨٨) .

(وَالْمُرُوجُ) جمع مفرده مرج .

الجوهري(١): وهو الموضع الذي ترعى فيه الدواب يسيل فيه الماء وينبت العشب أي في مروجه وحماه مما قد بوره من أرضه ، وأما ما فيه فحوصه وهي الأرض التي لم يبورها للمرعى وإنما ترك زراعتها فنبت فيها الكلأ .

وحاصل ما ذكره المصنف في القسمين ثلاثة أقوال ، ومعنى يباع ما فضل عنه من البور والعفا يعني أن له أن يمنعه من الفحوص إن احتاج إليه وإلا فلا منع له .

وقوله : **(قَالا : إلا أَنْ يَكْتَنِفَهُ زَرْعُهُ)** هكذا نقل عنهما في «النوادر»(٢) لأنه نقل عنهما أنهما قالا: إلا أن يكون عليه في وصول الناس بدوابهم مضرة مثل فدان فيه خصب وحواليه خصب وحواليه الزرع فله منعهم للضرر .

قوله : **(وَسُئِلَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ)** هو القول الثاني والسائل له هو ابن حبيب **(فَسَوَّى بَيْنَهُمَا)** أي : في القسمين أي بين البور والمروج ، فقال : له أن يمنع إن احتاج ويبيع إن لم يحتج إلا ما فضل عنه من العفا وهو ما لا يحرث فليس له منعه .

وقال في «البيان»(٣) : باتفاق .

وقوله : **(وَسَوَّى أَشْهَبُ فِي مَنْعِ كِلاهُمَا وَبَيْعِه)** أن يبيع إذا احتاج إليه ولا يبيعه إلا أن يجزه ويحمله ويبيعه هو من نسخة أشهب ، ورأيت أن أذكر كلامه في «البيان» ليتبين لك ما ذكرته ولما فيه من الفوائد وإن كان فيه طول ، قال(٤): لا يخلو الكلأ أن يكون في أرض غير مملوكة كالبوادي والفيافي فلا خلاف أن الناس كلهم فيه سواء ليس لأحدهم أن يمنعه ، لما في الصحيح : **«لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»**(٥) .

واختلف إن سبق أحدهم إليه فنزله فجعل يرعى ما حوله أو حفر بئراً ، هل يكون أحق بقدر حاجته من كلأ ذلك الموضع دون الفضل ؟ فقيل: ليس هو أحق الناس معه أسوة ، وهو نص ابن القاسم وروايته عن مالك في «المدونة» .

---

(١) « الصحاح » (٢/ ١٦٤) .

(٢) « النوادر والزيادات » (١١/ ٢٠) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٢٤٦) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٠/ ٢٤٦) .

(٥) تقدم تخريجه .

وقال أشـهب : هو أحق وإن لم يحفـر بئراً فرآه أحق بالسـبق ، ومعناه إذا انتـجع إليه وقصده من بعد وأما إذا مر به فلا يكون أحق بمجرد سبقه أولاً .

وأول بعضهم قول أشهب على أنه أحق ؛ لأن ذريعته لذلك الجنان إحياء ، فيكون أحق بما يحدث فيه من الكلأ مرة أخرى .

وفي المسألة قول ثالث أنه لا يكون أحق بمجرد النزول إلا أن يحـفر بئراً وهو ظاهر قول المغيرة وأعدل الأقوال وأولاها بالـصواب ، لأنه لا يقدر على المقام على الماء إذا لم يكن له في ذلك الموضع مرعى فـتذهب نفقته في البـئر باطلاً ، وكذلك لو سبق بالـنزول وبنى فيه بنياناً أوجب على قياس هذا أن يكون أحق بقدر حاجتـه لئلا يذهب نفقته باطلاً ، وقد قال عليه السلام : «**لا ضرر ولا ضرار**»[1] .

وأما إن كان في أرض مملوكة فهو على أربعـة أقسام : أحدها أن تكون محظرة قد حظر عليها بـالحيطان كالجنان والحوائط ، والثـاني أن تكون غير محظورة إلا أنه حـماه من وجه التي قد بورها للمرعى وترك زراعتها من أجل ذلك ، والثالث فدادينه وفحوص أرضه التي لم يبورها للمرعى وإنما ترك زراعـتها لاستغنائه عن زراعـتها وليحبسـها للحرث ، والرابع العفا والمرج من أرض قريبة فالمحظرة أن ما فيها لصاحبه له أن يبيعه ويمنعه احتاج إليه أو لم يحتج وليس لأحد الدخول عليه إلا بإذنه .

وأما العفاء والمرج من أرض قريبة فلا خلاف أنه ليس له أن يبيعه ولا يمنع عما فضل عن حاجتـه منه إلا أن يكـون عليه في تخلص الناس بدوابهم ضـرر من زرع يكون له حـواليه فيفسد عليه بالإقبال والإدبار .

وأما الأرض التي بورها للمرعى ويترك الانتفاع بزرعها مدة لأجل ذلك ، فقيل : له أن يمنع إن احتاج إليها ويبيع إن لم يحتج إلـيه ممن يرعاه أو يحصده وهو مذهب ابن القاسم ، فإن لم يحتج إليه ولا وجد من يبيعه منه جبر على أن يخلي بين الناس وبينه ولا يباح له أن يمنع الناس ويترك حتى ييبس ويفسد ، وقـيل : له أن يمنع الناس إن احتاج إليه وليس له أن يبيع وهو قول أشهب .

وأما فحوص أرضه وفدادينه التي لم يبـورها للمرعى فقال ابن القاسم وأشهب : له أن يمنع إن احتاج وليس له أن يمنع إن لم يحتج إليه ، فأشهب رأى أنه ليس له أن يبيع مراعي

---

(١) تقدم تخريجه .

أرضه كـان قد بورها للكلأ أو لم يـبورها لذلك ، وابن القـاسم يفرق بين إجـازة البيع إذا استغنى عنه وبين الأرض التي بورها للمرعى وبين الأرض التي لم يبورها للمرعى فتحصل في مجموع الطريقتين ثلاثة أقوال ، وفي كل طرف منها على انفرادها قولان .

وقد اختلف فـيما وقع في حريم البئر من «المدونة» من قـول مالك : إن كانت له أرض فلا بأس أن يبيع كـلأها إذا احتاج إليه وإلا فليخل بين الناس وبينه ، ومن قـوله فيها : لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضـه ممن يرعى عامة ذلك بعد أن ينبت ولا يبيـعه عامين ولا ثلاثة فقيل: إن ذلك اخـتلاف من قوله ، فمرة رأى للرجل أن يبيع خـصب أرضه كان قد وقفها للمرعى أو لـم يوقفها مثل قول ابن الماجشون ، ومرة رأى أنه لـيس له أن يبيعه كان قد وقف الأرض للمـرعى أو لم يوقفـها له مثل قـول ابن القاسم ، وهو تأويل عـيسى بن دينار له ، انتهى .

كتاب الوقف

الْوَقْفُ لَهُ أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ

الأفصح فيه وقف .

الجوهري[١] : وفيه لغة رديئة أوقفت قال : وحبست فرساً في سبيل الله أي وقفته فهو محبوس ، وحُبس والحبس بالضم ما وقف .

واختار المصنف لغة الوقف على لفظ الحبس لأنه أتمه كما سيأتي .

الْمَوْقُوفُ : يَصِحُّ فِي الْعَقَارِ الْمَمْلُوكِ لا الْمُسْتَأْجَرِ مِنَ الأَرَاضِي وَالدِّيَارِ وَالْحَوَانِيتِ وَالْحَوَائِطِ وَالْمَسَاجِدِ وَالْمَصَانِعِ وَالآبَارِ وَالْقَنَاطِرِ وَالْمَقَابِرِ وَالطُّرُقِ - شَائِعاً أَوْ غَيْرَهُ ...

(**الْمَوْقُوفُ**) خبر ابتداء محذوف ، أي الركن الأول : الموقوف ويصح وقف العقار المملوكة له رقبته لا منفعته وهو يعني (**لا الْمُسْتَأْجَرِ**) واعترض على المصنف بأن ظاهره أن المنافع المملوكة دون الرقبة لا يصح وقفها ، وفي الإجارة من «المدونة»[٢] : ولا بأس أن يكري أرضه على أن يتخذ مسجدا عشر سنين فإذا انقضت كان النقض للذي بناه ، (**وَالْمَصَانِعِ**) هو البنيان المرتفع .

وقوله (**شَائِعاً أَوْ غَيْرَهُ**) يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعاً كما لو وقف نصف دار أو غير شائع .

ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن الشريك فإن ذلك لا يجوز ابتداءً ؛ أعني فيما لا يقبل القسمة ، واختلف إن فعل هل تنفذ تحبيسه أم لا؟ وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة ، قال : لأن الشريك لا يقدر حينئذ على بيع جميعها وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلح معه ، واختار ابن زرب الأول .

اللخمي : وإن كانت الدار مما ينقسم جاز له الحبس إذ لا ضرر عليه في ذلك .

وسأل ابن حبيب ابن الماجشون عمَّن له شريك في دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على ولده أو غيرهم صدقة محبسة ، ومنها ما ينقسم ومنها ما لا ينقسم ومن الشركاء من يريد القسمة ، قال : يقسم بينهم فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبيس

---

(١) « الصحاح » (٢/ ٢٩٠) .

(٢) « المدونة » (١١/ ٤٢٣) .

وما لا ينقسم يباع ، وما أصاب المتصدق من الثمن في حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبلها فيه المتصدق ، واختلف هل يقضى عليه بذلك أم لا؟

وَفِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ رِوَايَتَانِ ، وَقِيلَ : لا خِلافَ فِي الْخَيْلِ ، وَقِيلَ : يُكْرَهُ فِي الرَّقِيقِ خَاصَّةً ...

أي : وفي جواز وقف الحيوان ومنعه بحذف مضافين ، والصحيح وهو مذهب «المدونة» الجواز ، لما في «الصحيحين»[1] أنَّ خالداً رضي الله عنه حبس أدرعه وأعبده في سبيل الله بالباء الموحدة من أسفل ، وفي رواية أعتده بالمثناة من فوق .

ولما في البخاري من قوله عليه السلام : «**من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً وتصديقاً بوعده كان شبعه وريه في ميزانه يوم القيامة**»[2] .

وفي «البيان»[3] ثالث بالكراهة في الحيوان والعروض ، ورابع بالجواز في الخيل والكراهة فيما عداها ، وخامس بالكراهة في الرقيق خاصة لأنه ضيق على العبيد في العتق وهي لمالك في «الموازية» ، وهذا هو القول الأخير في كلام المصنف .

قال في «البيان»[4] : وهذا إنما هو في التحبيس المعقب أو على النفر بأعيانهم ، وأما تحبيس ذلك لينتفع بعينه في السبيل أو ليجعل غلة ما له غلة من ذلك بكراء أو غيره موقوفة لإصلاح الطرق وبناء المساجد فلا خلاف في جوازه ماعدا العبيد وإلا فمكروه فيهم للتضييق.

وَلا يَصِحُّ وَقْفُ الطَّعَامِ

نحوه في «الجواهر»[5] ، وعلله بأن منفعته لا تكون إلا باستهلاك عينه ، وإنما يكون الوقف مع بقاء الذوات لينتفع بها مع بقاء عينها وفيه نظر ، ففي «البيان»[6] : وأما الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه التحبيس فيه مكروه ، وإن وقع كان فيه لآخر

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٩٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٩٨) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه.

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/١٨٩) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٢/١٨٩) .

(٥) « الجواهر » (٣/٨٨) .

(٦) « البيان والتحصيل » (١٢/١٨٩) .

العقد مالك، إن كان معقباً وإن لم يكن معقباً وكان على معنيين رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم.

وفي «المدونة» في كتاب الزكاة جواز وقف الدراهم والدنانير لتسلف وقد ذكره المصنف، فالطعام ينبغي أن يكون كذلك .

وفي «المتيطية» وثيقة بتحبيس امرأة دراهم أو دنانير على ابنتها لتنفقها في نفسها أو نحو ذلك ، وفيها أيضاً وثيقة ذلك على رجل يتجر بها .

ابن راشد : وفي الحقيقة هو قرض ، ولعل مراد المصنف وابن شاس أنه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه .

الثَّاني : الْمَوْقُوفُ عَلَيْه ، فَلا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ إلا أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنا وَأَهْلاً ، فَإِنْ رُدَّ فَقِيلَ : يَكُونُ لِغَيْرِه ، وَقِيلَ : يَرْجِعُ مِلْكاً ...

أي : الركن الثاني الموقوف عليه ، ويشترط قبول الموقوف عليه إذا كان غير معين كالفقراء ونحوهم إذ لو اشترط لما صح الوقف ولما صح أيضاً على المساجد وغيرها إلا المعين فيشترط قبوله .

(وأَهْلاً) أنه لم يكن أهلاً للقبول كالصغير والسفيه يكون كغير المعين .

ابن عبد السلام وغيره : فيه نظر ، وينبغي أن يقام من يقبل له كما لو وهب له أو تصدق عليه .

وقوله : **(فَإِذَا رُدَّ)** أي : الأهل فقيل: يكون لغيره وهو وقف ، وهذا القول لمالك في «الموازية» لأن فيها : من أوصى بفرسه في سبيل الله وقال: أعطوه فلاناً فلم يقبله فلان كان حبساً وأعطي لغيره ، وإن لم يقل حبساً رد إلى ورثته والقول بأنه يرجع ملكاً منسوب لمطرف ، وقيد اللخمي الخلاف بما إذا قصد بوقفه القربة وقال : أرى إن أعطاه ليركبه ليس ليغزو عليه أن يرجع ميراثاً ، وإن كان ليغزو عليه فهو موضع الخلاف .

وَيَصِحُّ عَلَى الْجَنِين ، وَعَلَى مَنْ سَيُولَدُ ، وَعَلَى الذِّمِّيِّ ، بِخِلافِ الْكَنِيسَةِ وَشِرَاءِ الْخَمْرِ وَشِبْهِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي مَعْصِيَةٍ بَاطِلٌ ...

ما ذكره من صحة الوقف على الجنين نص عليه محمد بن السليم وابن العطار وابن زرب والباجي في «وثائقه» .

ابن العـطار : وزعم بعضهم أن التحبيس على الحمل لا يجوز وذلك جائز بدليل جوازه على الأعقاب .

ولعل المصنف ذكر قوله : **(وَعَلَى مَنْ سَيُولَدُ)** كاستدلال ابن العطار والصدقة كذلك .

الباجي[١] : وقيل: إن الصدقة لا تكون على الحمل .

وقوله : **(وَعَلَى الـذِّمِّيِّ)** لأن في الصدقة عليه أجرا، ونقل ابن وهب عن مالك جواز وصية المسلم للذمي وهو كالوقف .

أصبغ : لا تجوز الوصية للحربي لأن في ذلك قوة لهم على حربهم ، ولا فرق في ذلك بين الوصية والحبس .

وقـوله : **(بِخِلَافِ الْكَنِيسَةِ) الباجي**[٢] : ولو حبس على كنيسـة فالأظهر عنده أنه يرد لأنه وجه معصية كما لو صرفها في شراء الخمر وإعطائها لأهل الفسق ، فظاهر هذا أنه غير منصوص وهو خلاف كلام المصنف .

ابن عبد السلام : وكلام الباجي صحيح وكذلك عكس هذه المسألة ، وقد قال مالك في نصرانية بعثت دنانير إلى الكعبة فقال : يرد إليها .

قوله : **(وَالْوَقْفُ فِي مَعْصِيَةٍ بَاطِلٌ)** ظاهر ، ولو سكت عنه لأخذ مما تقدم .

وَلَا يُشْتَرَطُ ظُهُورُ الْقُرْبَةِ

لما ذكر أن الوقف في معصية باطل خشي أن يتوهم منه اشتراط ظهور الـقربة فبين أن ذلك غير مشترط فيه بل يصح ، يعني إذ هو من باب العطية والهبة .

وَلَا يَصِحُّ عَلَى وَارِثٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ

لأنه راجع إلى الوصيـة ولا يجوز ، قال عليـه السلام : **«وإن اللهَ أعطَى كلَّ ذي حـقٍّ حقَّهُ، فلا وصيةَ لوارثٍ»**[٣] .

---

(١) « المنتقى » (٨/ ٢٥) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٢٥) .

(٣) أخـرجه أبـو داود (٢٨٧٠) والترمـذي (٢١٢٠) وابن مـاجـه (٢٧١٣) وأحمـد (٢٢٣٤٨) والطيالسي (١١٢٧) والطبراني في « الكبيـر » (٧٥٣١) والبيهقي في « الكبرى » (١١٩٨٢) من حديث أبي أمامة - رضي الله عنه، وصححه الألباني - رحمه الله.

وَإِنْ شَرَكَ فَمَا خَصَّ الوَارِثَ فَمِيرَاثٌ ، وَرَجَعَ بَعْدَ مَوْتِ الوَارِثِ إِلَى مَرْجِعِه

يـعـنـي : وإن شرك المريضُ الوارثَ في الوقف مع غيـره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقاً وإنما يصح منه لأجنبي ، وما خص لوارث على وجه الملكية إن لم يكن معقباً ، وإن كان معـقباً رجع النصيب الموقـوف بين جميع الورثة ، ولا يبطل الوقف بسبب مـا فيه من التعـقب ويبقى بيـد جميع الورثـة على حكم الإرث ما دام المحبس علـيه موجـوداً ، فإذا انقرض المحبس عليه رجع إلى مرجعه .

ابن عـبد السـلام : وإنما يتم ما ذكره المصنف إذا كـان الوارث الذي شارك مع الأجنبي بعض الورثة لا كلَّ الورثة ، ولكن اتكل المصنف في بيان ذلك على المثال الذي ذكره .

فَلَوْ وَقَفَ فِي مَـرَضِه عَلَى ثَلاثَة أَوْلاد وَأَرْبَعَـة أَوْلاد وَلَد وَمَاتَ وَتَرَكَـهُمْ وَأُمّاً وَزَوْجَةً وَالثُّلُثُ الموْقُوفَ يَحْمِلُ فَلِوَلَدِ الوَلَدِ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ وَقْفاً ، وَالْبَاقِي لِلْوَلَدِ مَوْقُوفٌ بِأَيْدِيهِمْ يُقَسَّمُ عَلَى الْوَرَثَة كَغَيْرِه ...

هذه المسألة تعرف بمسـألة ولد الأعيان ، وقد أفرد الشـيخ أبو محمد لها تأليـفاً ، وقال سحنون : إنها من حسان المسائل وقلَّ من يعرفها ، وهي في أكثر الكتب خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها ، وليس غرضنا بها حكاية كلامهم بل جل كلام المصنف .

وقوله : **(وَلَوْ وَقَـفَ)** يعني داراً أو غيرها ، واحترز بمرضه مما لو وقف في صحته فإن ذلك ينفذ ، والمراد المرض المخوف فيه على المريض .

قوله : **(عَلَى ثَلاثَة أَوْلاد)** أي : صلب وهم أولاد الأعيان **(وَأَرْبَعَة أَوْلاد أَوْلاد)** يريد : أو عقبهم فلذلك لم يبطل ما ناب أولاد الصلب لتـعلق حق غيرهم به ، فإنه لو مات أولاد الصلب رجع جميعه ونفي لأولاد الأولاد وأعقـابهم ولأنه لو مات جميع من حبس عليهم رجع حبساً على أقـرب الناس بالمحبس ، وكان ينـبغي للمصنف أن ينبـه على أن الوقف معقب لكونه شرطاً في المسألة .

وقوله : **(وَمَاتَ وَتَرَكَهُمْ)** أي : السبعة وترك أماً وزوجة والثلث يحمل ما وقفه ؛ لأنه وصية التونسي وإن لم يحمل الثلث فما خرج في الثلث عمل فيه ما يعمل لما حمله الثلث .

وقوله : **(فَلِوَلَدِ الـوَلَدِ....إلخ)** يعني : فيقسم جميـع الوقف على سبعة : أربعة لولد الولد حبساً .

سحنون ومحمد : إن كانت حالتهم واحدة وإلا فعلى قدر الحاجة .

ابن القـاسم : والذكر والأنثى فيه سـواء ، قال في «البيان»(١) : وهذا هو المشـهور ، وظاهر ما في «العتبية» لابن القاسم أنه لا يفـضل هنا محتاج على غـيره وهو مذهب ابن الماجشون، لأن الحبس في المرض كان بمعنى الوصية لا يفضل فقيرهم على غنيهم .

وإذا اقتسمناه على سـبعة : أعطي ولد الأعيان ثلاثة أسهم فتأخـذ الأم سدسها والزوجة ثمنهـا ثم يقسم البـاقي بينهم أثلاثاً ، ودخلت الزوجة والأم لأنهـم إنما أخذوه على سـبيل الإرث ، ولا يختص وارث عن آخر ، ولهذا لو كان في ولد الأعيان أنثى لقسم للذكر مثل حظ الأنثيين .

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الأَوْلاد رَجَعَ لِوَلَدِ الْوَلَدِ الثُّلُثَانِ وَالْبَاقِي يَقْسِمُهُ الْوَرَثَةُ وَيَدْخُلُ جَمِيعُ وَرَثَةِ الْوَلَدِ الْمَيْتِ بِنَصِيبٍ وَلَدٍ لأَنَّهُ كَمِيرَاثٍ ...

يعني : **(فَلَوْ مَاتَ)** والمسألة بحالها أولاً : أحد ولد الأعيان **(رَجَعَ لِوَلَدِ الْوَلَدِ الثُّلُثَانِ)** وظاهره أن القسـمة تنتقض وهو قول ابن القـاسم في رواية يحيى بن يحيى وقـول سحنون ومحمد بـن يونس ، وهذا كما ينتقض بحدوث ولد الأعيـان أو لأحد ولد الولد ، قال : ولا أعلم في نقض القـسمـة هنا خـلافاً ولا ينتـقض بموت الزوجـة أو الأم اتفاقـاً ، وإذا انتقضت القسـمة قسم جميع الحبس على ستة : اثنين للبـاقين من ولد الأعيان وأربعة لولد الولد ، وهذا معنى قوله : **(رَجَعَ لِوَلَدِ الْوَلَدِ الثُّلُثَانِ)** .

قوله : **(وَالْبَاقِي)** أي : السهمان يقسم على ورثة المحبس فلأم المحبس سدسها وللزوجة ثمنها ثم يقسم البـاقي على ثلاثة فيأخذ الولدان البـاقيان اثنين ويحيا الميت بالذكـر فما نابه يكون لورثته من كانوا ، يدخل فـيه زوجة المحبس إن كانت أمـه ، وما كان من ولد الولد ولده وغيـره ممن هو وارث له ويصيـر بيد ولد هذا الميت نـصيب ، بمعنى الحـبس من جده ونصيب بمعـنى الميراث من أبيه ، وعلى هـذا فلو مات آخر من ولد الأعـيان انتـقض أيضاً القسم ويقسم كله على خمسة كما تقدم ، وإن مات الثالث رجع الحبس كله لولد الولد .

وروي عن ابن القاسم في «العتبية» قول آخـر أن القسم لا ينتقض وقاله سحنون أيضاً ، فإذا مـات أحد أولاد الأعـيان وقسم مـا كان أخـذه من القسـمة الأولى وهو سُبُعُ الحبس

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٨٠) .

بانضمام ما أخذتا منه أم الميت الأولى وزوجته ، وبه يكمل السبع فيقال لهذه الأم والزوجة : قد كنتما تحتجان عليه أن يستأثر بذلك وأنتما وارثان معه ، وقد نزلت هذه الحجة فيقسم هذا السبع على ولد الولد وعلى الباقين من ولد الأعيان بالسواء ، فما ناب ولد الولد أخذه وما ناب الباقين من ولد الأعيان أخذت والدة المحبس وزوجته منه السدس والثمن ويقسم الباقي على الباقين ، وعلى الميت أن يحيا بالذكر ويكون ما نابه لورثته .

سحنون : وإنما هذا في الثمار وأشباهها من الغلات ، وأما فيما يسكن من دار أو زرع من أرض فلابد من نقض القسْم في جميع الحبس .

ورأى ابن يونس أن هذا إنما يصح على القول بعدم نقض القسْم ، **فإن قيل** : فهل ينظر لهذا الخلاف في المعنى أثر؟ **قيل** : نعم ، وقد بين ذلك ابن يونس فانظره .

فَلَوْ مَاتَ أَوَّلاً أَحَدُ وَلَدِ الْوَلَدِ رَجَعَ لَهُمُ النِّصْفُ وَالْبَاقِي عَلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ فَلَوْ انْقَرَضُوا رَجَعَ الْجَمِيعُ كَمِيرَاثٍ لِلْوَرَثَةِ ...

أي : فلو مات أولاً أحد وَلَدِ الْوَلَدِ ولم يمت من أولاد الأعيان شيء رجع لولد الولد النصف ، ظاهره أن القسْم يُنتقض وهو أحد قولي ابن القاسم خلافاً لقوله الآخر ، ولا يخفى عليك مما تقدم ما يأتي على كل قول .

وقوله : (**فَلَوْ انْقَرَضُوا**) أي : أولاد الولد (**رَجَعَ الْجَمِيعُ كَمِيرَاثٍ**) إنما قال : (**كَمِيرَاثٍ**) لأنه ليس بميراث حقيقة بل إنما ينتفعون به انتفاع الملك ، ولو انقرض أيضاً ولد الأعيان رجعت الدار مثلاً حبسا على أقرب الناس بالمحبس ، قاله في «المدونة»(١) .

قوله : (**رَجَعَ الْجَمِيعُ كَمِيرَاثٍ لِلْوَرَثَةِ**) أي : فتدخل الأم ، هكذا روى يحيى عن ابن القاسم وابن عبدوس عن سحنون ، وقاله عيسى في «العتبية» خلاف ما له عند ابن عبدوس، ولا تدخل فيه الأم والزوجة ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله :

وَقَالَ سحْنُونٌ : لا تَدْخُلُ الأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لأَنَّ رُجُوعَهُ لِلْوَقْفِيَّةِ لأَنَّهُمْ أَوْلَى

قوله : (**لأَنَّ رُجُوعَهُ لِلْوَقْفِيَّةِ**) أي : رجوعه مرجع الأوقاف لا مرجع الميراث لأنه يكون لأقرب الناس بالمحبس ،ويتضح لك قول سحنون هنا بالوقوف على كلامه في «العتبية»(٢) فإنه قال : وإنما تقاسم الأم والزوجة ولد الأعيان إذا هلك الأول وبقي اثنان أو هلك اثنان

---

(١) « المدونة » (١٥/ ٩٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٨٢) .

وبقي واحد ، وأما ما يرجع إليهم من حق ولد الولد فلا تدخل فيه الأم والزوجة لأن ذلك مما يرجع إليهم من وصية قد أنفذت لوجهها ولم تكن فيها محاباة لوارث .

سحنون: ألا ترى لو أن رجلاً أوصى لولد ولده بئراً وحبس عليهم وله ولد بصلبه وأم وزوجة لكانت وصيته نافذة لهم لأنهم غير ورثة ولم يكن للزوجة فيها مقال ولا لأم فكذلك هنا، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: **(لأَنَّ رُجُوعَهُ لِلْوَقْفِيَّةِ)** ولم يرجع على معنى الوصية .

وقوله : **(لأَنَّهُمْ)** أي لأن أولاد الأعيان أولى من غيرهم بمرجع الحبس .

وفي بعض النسخ **(لأَنَّهُمْ أَوْلادٌ)** أي: فيكونون أحق بالمرجع؛ لأنهم أقرب الناس بالمحبس .

قال في «البيان»[١] : وقول ابن القاسم: إن الزوجة والأم يدخلان فيما يرجع إليهم من حق ولد الولد هو الصحيح لأنه وصية لوارث إذا لم يرجع إليهم مرجع الأحباس وإنما رجع إليهم بحكم تحبيس المحبس عليهم ، وإلى هذا أشار التونسي كما نقله عنه المصنف بقوله :

قَالَ التُّونُسِيُّ : قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَوَابٌ ؛ لأَنَّ الرُّجُوعَ لا يَكُونُ مَعَ وُجُودِ الْمُحَبَّسِ عَلَيْهِمْ...

يعني : أن ما ذكره سحنون من رجوع الوقف للأولاد يعني مراجع الأحباس ليس بجيد وأنه رجع إليهم فإنهم المحبس عليهم ، وإذا كانوا محبساً عليهم امتنع الرجوع بمعنى الوقفية إذ الرجوع مشروط بانقراض من حبس عليه ، وكذلك قال اللخمي: إنَّ قول ابن القاسم أصوب ، وهذا القدر كاف في تصور كلام المصنف ، ومن أحب الزيادة فليقف على كلام الشيخ أبي محمد فيها وكلامه في «البيان» وكلام ابن يونس كاف فيها والله أعلم .

وَلا تَخْرُجُ لِلأُمِّ وَالزَّوْجَةِ حَتَّى يَنْقَرِضَ الأَوْلادُ فَيَرْجِعَ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالْمُحَبِّسِ

ظاهر التصور .

وَلا يَصِحُّ وَقْفُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَقِيلَ : إِنْ أَفْرَدَ

لأن فيه تحجيراً على نفسه وعلى وارثه بعد الموت ولأنه لابدَّ من تغاير المعطي والمعطى ، والثاني نقله الباجي[٢] وابن شاس[٣] .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٨٤) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٢٦) .

(٣) « الجواهر » (٣/ ٩٠) .

ابن عبد السلام : وغيرهم عن ابن شعبان .

وَكَرِهَ مَـالِكٌ إِخْرَاجَ الْبَنَـاتِ ، وَقَالَ : عَمَلُ الْجَـاهِلِيَّةِ ، وَإِذَا وَقَـعَ ، فَقَالَ ابْنُ الْـقَاسِمِ : الشَّأْنُ يُبْطَلُ ، وَقَالَ أَيْضاً : إِنْ حِيزَ مَضَى ، وَإِنْ لَمْ يُحَـزْ عَنْهُ فَلْيَرُدَّهُ مُسَجَّلاً ، وَقَالَ أَيْضاً : إِنْ فَاتَ مَضَى وَإِلا فَلْيَجْعَلْهُ مُسَجَّـلاً ، وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَى الْبَنِينَ خَاصَّةً ، وَعَلَى الْبَنَاتِ خَاصَّةً ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ : وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْهِبَةِ لِبَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ ...

وقع في «المجـموعـة» أن عـائشة رضي الله عـنها نهت عن إخـراج البنات من الحـبس وقالت: ما مثل ذاك إلا كما قال الله تعالى : ﴿ **وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ** ﴾ إلى قوله : ﴿**شُرَكَاءُ**﴾ [الأنعام: ١٣٩] .

وقـوله : (**وَكَـرِهَ مَـالِكٌ**...**إلخ**) هو رواه علي وغيره عن مـالك ، فإن وقع فروى ابن القاسم عن مالك : الشأن يبطل ؛ وقاله ابن شعـبان ، وزاد في «العتبية»[١] أنه يبـطل إذا شرط أن من تزوج منهن بطُلَ حقها .

وقـوله : (**فَقَـالَ ابْنُ الْقَاسِمِ**) يوهم أنه قاله وإنما رواه ، وانظر هل هذا القـول مخالف للأول لأن الكراهة تقتضي الإمضاء بعد الوقوع ، وهكذا فهم اللخمي عنه .

ابن عـبـد السـلام : والمراد بالكراهة التـحريم ، ويدل عليـه تعليله ذلك بأنه من عـمل الجاهلية وليكون موافقاً للقول الثاني .

وقوله : (**الشَّأْنُ**) أي عمل الصحابة .

وقوله : (**وَقَالَ أَيْضاً**) ابن القاسم (**إِنْ حِيزَ**) عنه (**مَضَى**) على ما حبسه (**وَإِنْ لَمْ يُحَزْ عَنْهُ فَلْيَرُدَّهُ مُـسَجَّلاً**) أي : مطلقاً وعاماً للبنين والبنات ، يقال: أسجلت الشيء إذا أمكنت من الانتفاع به من غير قيد .

وقوله : (**وَقَالَ أَيْضاً**) تصوره ظاهر ، وظاهره أن الفوات بغير حرز ، وفي «البيان»[٢]: ظاهر قول مـالك أن الحبس لا يجوز ويبطل عـلى كل حال خلاف مـذهب ابن القاسم أنه يمضي إذا فات ولا ينقض ، وفوت الحبس عنده أن يحاز عن المحبس ، انتهى .

وقال اللخمي : وقال ابن القـاسم : إن كان المحبس حياً فيفسـخه ويدخل فيه البنات ،

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٩٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٩٣) .

وإن حيز أو مات كان على ما حبسه عليه ، وقـال : إن كان المحبس حيا فليفسخه ويجعله مسجلاً وإن مات لم يفسخه ، انتهى .

محمد : وإنما يفعل ما قال مالك من حبس الحبس وجعله مسجلاً إذا لم يأت من حُبِّس عليهم ، وإن أبرأ لم يجز فسخه وبقي على مـا حبس وإن كان حياً إلا أن يرضوا برده وهم كبار .

وقـوله : **(يَجُـوزُ....إلخ)** هو قول ابن نافع وهو في «مختصر الوقار» فظاهره من غير كراهة .

وقوله : **(وَقَالَ الْبَاجِيُّ : وَهُوَ مَـبْنِيٌّ عَلَى الْهِبَةِ)** يحتمل هذا أن يعود على الخلاف وأن يعـود على القول الرابع فـقط ، لكن الباجي آلى رابعـاً فيـتعين الأول ، على أن صـاحب «البيان» ذكر ما يخالف إجراء الباجي فقال[1]: إخراج البنات من الحبس عند مالك أشد في الكراهة من هبة الرجل لبعض ولده دون بعض إذ لم يختلف في قوله في الهبة ، انتهى .

وخرج اللخمي الأقوال فيما إذا تصدق على بعض دون بعض .

وشَرْطُ الْوَقْفِ حَوْزُهُ عَنْهُ قَبْلَ فَلَسه وَمَوْته وَمَرَضِ مَوْته وَإِلا بَطَلَ

وقع هذا إلى قـوله : **(الصِّـيغَـةُ)** في بعض النسخ وهي نسـخة **ابن راشـد وابن عبـد السلام**، ووقع في بعضها بعد قوله : **(الثَّالثُ الصِّيغَةُ)** عقب قوله : **(ثُمَّ عَلَى الْفَقِيرِ)** ثم بعده ، **(وَالْوَقْفُ لازِمٌ)** وهذه النسخة هي الصواب ، لأن المصنف ذكر أول الباب أن أركانه أربعة وهذا هو الرابع ، وقد صرح ابن شاس[2] بذلك ؛ فإن قلت: الشرط خلاف الركن قيل : أطلقه عليه مجازاً لأنهما قد اشتركا في أن الماهية لا توجد دونهما .

فإن قلت : وكذلك على النسخة الأولى تكون الصيغة هي الركن الرابع .

قيل : وقد صرح المصنف بأنها الركن الثالث واشترط فيها الحوز ؛ لأنه أحد أنواع العطايا فاشتـرط فيه ذلك كسائرها ، وذكـر أن من شرط الحوز أن يكون قبل فلسـه وموته ومرض موته وإلا ؛ أي : وإن لم يقع قبل ذلك بطل الوقف ، فقوله : **(قَبْلَ مَـوْتِهِ)** غير قوله : **(مَرَضِ مَوْتِهِ)** لأنه لا يلزم أن تقول كل موت مرض .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٩٣) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ٩١) .

فرع :

ومن هو الحائز ؟ فنقول : التحبيس إذا كان على المساجد ونحوها فلا يفتقر إلى حائز إذا دخل بين الناس وبينه صح وإن كان على معين لم يكن بدٌّ من حـيازته ، ثم إن كان رشيداً وحاز لنفسه فلا إشكال وإن كان محجـوراً عليه فقال ابن الهندي: تصح حيازته لأن القصد خروج ذلك من يد المحبس .

ووقعت في أيام القاضي منذر بن سعيد فشاور فـقهاء بلده فأجمعوا على أن ذلك حيازة حاشا إبراهيم بن إسـحاق والقاضي في «وثائقه» كقول ابن إسـحاق : وهذا الخلاف إنما هو إذا كان له ولي .

ابن راشـد : وينبغي أن يتفق على أنه حيازة إذا لم يكن له ولي ، وإن حاز غير المحبس عليه بوكالة فذلك نافذ ولأن قبض الوكيل كقبض الموكل سواء غائباً أو حاضراً وبغير وكالة لا يخلو أن يكون غائباً أو حـاضراً ، فإن كان غائباً وجعل المحـبس أو الواهب أو المتصدق ذلك بيد من يحوز حتى يقدم فذلك جائز ، وإن كان حاضراً افترق الحال بين الحبس والهبة والصدقة فـفي الحبس يجوز أن يقـدم المحبس من يحوز له بجري الغلة عليـه ، ولا يجوز ذلك في الهبة والصدقة .

فَإِنْ كَانَ يَصْرِفُ مَنْفَعَتَهُ فِي مَصْرِفِهَا ؛ فَثَـالِثُهَا فِيهَا : إِنْ كَانَ غَلَّةً يَصْرِفُهَا فَلَيْسَ بِحَوْزٍ ، وَإِنْ كَانَ كَفَرَسٍ أَوْ سِلاحٍ فَحَوْزٌ ...

وإن كان الموقوف لم يحز عنه ولكنه يصرفه في مصرفـه فثلاثة أقوال وكلها روايات فيها أي في «المدونة» ، والفرق فإن كـان الموقوف ذا غلة فليس بحوز كالديـار والحوائط ونحوها وإن لم يكن ذا غلة كالسـلاح والكتب يدفعهـا لمن يقاتل بها أو ينظر فـيها ثم يعـيدها إلى المحبس ، وهو اختيار صحيح .

وجرى اللخمي هذا القسم من الخلاف ، قال : ويختلف إذا لم يأت وقت إنفاذه للجهاد ولم يطلب القراءة حتى مات المحبس هل يبطل الحبس؟ وقيد اللخمي وغيره القسم الثاني بما إذا لم يتصرف فـيه إذا عاد تصرف المالك ، قـال : وقراءة الكتاب إذا عاد إليـه خفيف وإن أنفد بعض الحبس ما أنفد وإن قيل: وهو كحوز الكبير اليسير من صدقة الأب .

وحكى في القسم الأول قولين عن مـالك وقيده بما إذا كان حبساً علـى غير معين وعلم

أنه كان يصـرف الغلة في مصرفهـا ، وأما إن شك هل أنفد غلتـه في مصرفهـا فإنه يبطل الحبس ، وتقييد اللخمي بغيـر المعين يدل على أنه لو كان معيناً لاتفق على إبطال الحبس ، فإن قلت : ما الفرق على مذهب «المدونة» لقسمين ؟ قـيل : لأن خروجها من يده اختياراً لها من عـودها إلى يده ، إنما كان بعد صـحة الحوز بخـلاف ما إذا كان بيـده وهو يصرف الغلة في مصرفها .

أَمَّا لَوْ كَانَ وَالِياً عَلَى مَنْ وَقَفَهُ عَلَيْهِ فَحَوْزٌ إِذَا أَشْهَدَ وَصَرَفَ الْغَلَّةَ فِي مَصْرِفِهَا

هو كالمخرج من عموم قوله : **(وَشَرْطُ الْوَقْفِ حَـوْزُهُ عَنْهُ)** أخرج من ذلك ما إذا كان الواقف والياً على الموقوف عليه كالأب على صغار ولده والكبار والسفهاء وكالوصي .

ابن عبد السلام : والنص أن الحاضن لا يحوز ، انتهى .

وفي «البـيان»[1] في الفلس الثالث : اختلف هل يتنزل منزلة الوصي مطلقاً أو لا على أربعة أقوال :

الأول : أنه يتنزل منزلتـه مطلقاً وهو دليل «المدونة» فـي القسم ورواية ابن غـانم ، فإنه روى عن مالك : إن كان ولي يقيم قريباً أو بعيـداً فهل يجوز ما وهب له ، وعليه ما ذكره ابن الهندي في «وثائقه» من جواز بيع المحضون على حاضنه ما له قدر وبال .

والثاني : أنه لا يكون كالوصي على حال .

الثالث : أنه كالوصي إذا كان أماً أو جدة أو جداً دون سائر القرابة .

الرابع : أنه كالوصي إذا كان خلاف جده أو أخاه .

وقوله : **(إِذَا أَشْهَدَ وَصَرَفَ الْغَلَّةَ)** يعني لتمام الحبس شرطان :

أولهما : أن يشهد على التحبيس وقاله ابن القاسم في «العتبية» .

وثانيهما : أن يصرف الغلة في منافع ولده .

ابن زرقـون : ذكر الموثقون أن الأب إذا تصدق على ابنه الصغير بما له غلة وقامت البينة أن الأب يستـغل ويدخل الغلة في مصـالح نفسه إلى أن مـات الأب فالصدقـة باطلة بمنزلة السكنى إذا لم يخل الدار حـتى مـات ، ومثله في «المدونـة» لابن كنانة ، وظاهر «المدونة»

(١) « البيان والتحصيل » (١٠/٥٣٨) .

خلافـه أن الصدقة جـائزة لأن الكراء إذا كان محـمولاً على أنه لابنه فـإنه أنفق مال ابنه ، انتهى ،وقال غيره : المشهور المعمول به البطلان ، وبه كان الشيوخ يفتون ويقضون .

وَيُشْتَرَطُ فِي مُعَايَنَةِ الْحَوْزِ شَهَادَةٌ بِمُعَايَنَةِ البَيِّنَةِ

يـعنـي : أنه لابد من معاينة البينةِ قَبْضَ الحـوز عليهم ، هكذا قال ابن راشد وابن عبد السلام ، ولا يكفي إقرار المحـبِّس ؛ لأن المنازع للمحبَّس عليه إمـا الوارث وإما الغريم فلو اكتفي في ذلك بالإقرار لزم قبول الإقرار على غيره .

الثَّالِثُ : الصِّـيغَةُ وَمَا يَقُـومُ مَقَامَهَـا فَلَوْ أَذِنَ فِي الصَّلاةِ مُطْلَقاً وَلَمْ يَخُصَّ شَـخْصاً وَلا زَمَاناً فَهُوَ كَالصَّرِيحِ ...

الركن الثـالث : الصيغة ، والواو فـي قوله بمعنى أو ، وصرح بأو في بعض النسخ ثم بين ما يقوم مقامها بقوله : **(فَلَوْ أَذِنَ فِي الصَّلاةِ مُطْلَقاً)** أي إذناً مطلقاً ويحتمل في الصلاة مطلقاً ، أي ولم يخص فرضاً ولا نفلاً والأول هو الذي يؤخذ من «الجواهر»[١] ، وظاهر قوله: **(فَلَوْ أَذِنَ)** أنه لا يلزم تحبيس المسجد بمجرد بنيانه .

البـاجي[٢] : وهو ظاهر «المدونة» وقول مطرف فيـه نظر ، وكان يجب أنه يلزم بمجرد البنيان إلا أنه لا تتم حيازته إلا بالإباحة للناس .

ابن شعبان : إذا خلَّى بينه وبين الناس مضى ولا يحتاج أن يجعل بيد قيم سواء كان باب المسجد داخل باب داره أو خارج الباب ، ويحتمل أن يقال: لا يلزم بمجرد البنيان لمن جوز أن يبني مثل هذا البنيان مسجداً لنفسه في داره .

وَلَفْظُ وَقَفْتُ يُفِيدُ التَّأْبِيدَ

الذي حكاه عـبد الوهاب[٣] وغيره من العراقيين أن لفظ الوقف يفـيد التأبيد بالاتفاق ، وقال صاحب «المـقدمات»[٤]وابن زرقون : لفظ الوقف والحـبس سواء ، ويدخل في لفظ وقفت من الخلاف ما يدخل في حبست .

(١) « الجواهر » (٣/ ٩١) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٣٠) .

(٣) نقله في « المقدمات » (٢/ ٩٩) .

(٤) « المقدمات » (٢/ ٩٩) .

وَحَبَسْتُ وَتَصَدَّقْتُ إِنِ اقْتَرَنَ بِهِ مَا يَدُلُّ مِنْ قَيْدٍ أَوْ جِهَةٍ لا تَنْقَطِعُ تَأَبَّدَ وَإِلا فَرِوَايَتَانِ

(**وَحَبَسْتُ**) هو على حذف مضاف ؛ أي : ولفظ حبست .

(**وَتَصَدَّقْتُ**) بذلك على ذلك ، وقوله : (**إِنِ اقْتَرَنَ بِهِ مَا يَدُلُّ**) على التأبيد (**مِنْ قَيْدٍ**) أي: في الكلام كقوله : حبس أو صدقة لا يباع ولا يوهب .

واختلف إذا جمع بين اللفظين فقال : حبس صدقة أو بالعكس ، ففي «المدونة»(١) : لم يختلف قول مالك: إنه لا يباع ويرجع إلى أقرب الناس يوم المرجع حبساً .

ابن رشد وغيره : وليس صحيحاً ، فإن لمالك في «المختصر» أنه يرجع إذا كان على معين ملكاً كالعمرى أو هو قول ابن وهب في «العتبية» أنه يرجع إليه ملكاً مطلقاً إذا حبس على معين ، وإن قال لا يباع ولا يوهب حياة المحبس عليهم .

وقوله : (**لا تَنْقَطِع**) أي كما لو حبس على الفقراء وطلبة العلم وإصلاح المساجد ، ولا فرق في الجهة بين أن تكون محصورة أم لا ، غير أنه إذا تعذر الصرف في الجهة المحصورة صرف في مثلها ، قاله عياض فقال : وإن جعله على وجه معين محصور كقوله: في وقود مسجد كذا وإصلاح قنطرة كذا فحكمه كالحبس المبهم أي في التأبيد ، وإن تعذر ذلك أي بخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم أنها لا تبقى وقف إن طمع بعوده إلى حاله أو صرفه في مثله .

عياض : فإن قال : حبس على فلان ولا يباع ولا يوهب ولا يورث فهي حبس على مذهبه في الكتاب ، وله في «العتبية»: يرجع ملكاً كالعمرى .

وقال مطرف : لو قال : بع هذا على فلان بعينه ؛ فهو حبس ، واختلف فيها في الصدقة أيضاً ، فروى أشهب عن مالك أنه بتل ولا يضر الشرط ، وقال أشهب وسحنون : إنه حبس محرم .

وقال مالك وابن القاسم أيضاً : هي صدقة باطلة إما بتلها أو رجعت إليه ، إلا لصغير أو سفيه فيشترط له ذلك إلى رشده ، وهو مذهبه أيضاً في الهبة على هذا الشرط وهو كالصدقة في هذا الاختلاف .

وأما لو قال في جميع هذا: لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولا يملك لكان حبساً محرماً بغير خلاف لارتفاع الاحتمال ، نص عليه البغداديون ، انتهى .

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤١٤) .

وفي كـلام المصنف نظر من جهـة تسويتـه بين لفظ الحبس والصـدقة ، فـإن الحكم في الصدقة على ما قال عياض وغيره أنه قال : إذا قال : صدقة للمساكين ولفلان ؛ أنه تكون لهم أو له ملكاً ويباع ويصرف الناظر ثمنها على المسـاكين على حسب اجتهاده يوم الحكم ، ولا يلزم التعميم إذ هو غير مقدور عليه ولا هو مراد المحبس .

واختلف قول مالك إذا قال صدقة على مجهولين محصورين كقوله : على فلان وعقبه؛ فعنه في «المدونة» أنه حـبس مؤبد يرجع بعـد انقراضهم مرجـع الأحباس سواء قـال : ما عاشوا أم لا .

وفي رواية أشهب أيضاً : يـرجع لآخر المحبس عليهم ملكاً ، وقيل: بـل حكمها حكم العمرى .

وحكى ابن الجلاب[1] إذا جعلها صدقة في وجه كذا أنها اختلف فيها قول مالك ؛ فمرة جعلهـا كالعمـرى ومرة جعلها تنفـذ حبسـاً ، قال : إلا أن يريد أنه تصدق بغـير ملكه لا بمنفعته فتكون ملكاً لمن تصدق بها عليه .

عياض : وهو عندي يرجع إلى معنى اختلافه في هذا الوجه المجهول المحصور .

قوله : **(وَإِلا فَرِوَايَتَانِ)** أي : وإن لم يقترن به ما يدل على التأبيد ، وهذا يصدق على صورتين :

إحداهما : أن يكون مجرداً عما يدل على عدم التأبيد .

والثانية : أن يكون مقترناً بما يدل على عدم التأبيد .

الأول : وقد قـدمنا أنه مجهول في الصـدقة على التمليك ، وأمـا في الحبس فنص ابن رشد وعيـاض على أنه إذا أطلق وقال: داري حبساً أنـه لا خلاف أنه وقف مؤبد لا يرجع ملكاً ، وعلى هذا فالمصنف لم يرد هذه الصورة .

ابن يونس وسند : وكذلك إذا حبسته على محصورين غير معينين كقولك : حبس على ولد فلان ، أو عـقبه ، أو بنيه ، أو نسله - فـإن هذا ليس فيه اختـلاف أنه مؤبد لا يرجع إلى المحبس ويكون بـعد انقراض المحـبس عليهم حبـساً على أقـرب الناس بالمحبس إلا أن يقول حياتهم ، فذهب ابن الماجشون إلى أنها ترجع ملكاً بعد انقراضهم ، انتهى .

---

(١) « التفريع » (٢/٣٥٨) .

وحكى عياض في هذه المسألة خلافاً فقال : وأمـا إن جعله في وجه محصور غير معين يتوقع انقراضه كـقوله على بني زيد وعلى عمر وولده أو عقبهـما أو فرسي حبس على من يغـزو في هذه الطائفة أو لطلبـة العلم بمدينة كـذا ، فحكم هذا حكم الحـبس المطلق المؤبد يمضي أبداً ويرجع بعد انقـراض الوجه الذي وجه له لمرجع الأحباس عـلى ما تقدم ، وهذا مذهبه في «المدونة» وغيرها .

واختلف فيه قدماء أصحـابه ، ونقل اللخمي عن ابن الجلاب أنها تعود ملكاً وأراه تأوله عليه وسـيأتي نقل ابن الجلاب ، وقـيل: هي على من وجه كـما لو عين وهو الذي له في «المجمـوعة» ، وعلى هذا فليـس هذا محلاً للـروايتين وإنما محلهـما إذا حبس عـلى قوم بأعيانهم ، ونقل ابن الجلاب[1] وغيره فيما إذا حبس في وجه كذا روايتين :

إحـداهمـا : أنه يبقى حبساً فإذا انقرض الوجـه الذي جعله فيه رجع له ملكاً في حياته ولورثته بعد وفاته .

والثانـية : حبساً على أقرب الناس بالمحبس فإذا انقرضوا رجع على الفقراء والمساكين ، وهو ظاهر المذهب وهي التي اقتـصر عليها في «الرسـالة» لئلا يلزم العود في الصدقـة وفيه نظر، وإنما يلزم العود في الصدقة لو كان أولاً بمعنى الصـدقة وهو أعم ، ولا فرق فيما إذا حبس على معين بين أن يقول حياته أم لا على ظاهر «المدونة» وتأويل سحنون .

وقال محمد : إن قال في حياته وشبهه فلا يختلف أنه كالعمرى ، ونحوه لمطرف ، قال مالك : وكذلك لو قال على فلان بعينه ، واستبعد ابن رشد قول محمد .

المتـيطي : أما لو قال وقفاً على هذه العشـرة حياتهم فلا خلاف أنه يرجع ملكاً ، فإن قلت: قول المصنف: **(وَإِلا فَرِوَايَـتَانِ)** يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين الحبس والصدقة ، قيل: يحمل على الصورة المتقدمة وهي ما إذا قال : صدقة على مجهولين محصورين ، ثم فرّع على الروايتين فقال :

وَإِذَا لَمْ يَتَأَبَّدْ رَجَعَ بَعْـدَ انْقِرَاضِ جِهَـتِه مِلْكاً لِمَالِكِه أَوْ لِـوَرَثَتِه وَإِذَا تَأَبَّدَ رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْمُحَبِّسِ مِنَ الْفُقَـرَاءِ ثُمَّ عَلَى عَصَبَتِهِمْ ، وَيَدْخُلُ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ لَوْ كَانَ رَجُـلاً لَكَانَ عَصَبَةً ، وَقِيلَ : لا تَدْخُلُ النِّسَاءُ ، وَلا تَدْخُلُ الزَّوْجَةُ وَلا الْجَدَّةُ لِلأُمِّ ...

أي : حيث حكمنا بعدم التأبيد فإنه يرجع ملكاً لمالكه إذا كان حياً ولورثته بعد موته وإن

---

(١) « التفريع » (٣٥٨/٢) .

حكمنا بالتأبيد وتعـذر صرفه في ما حبس عليه رجع حبـساً على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع ، لأنه لما امتنع علـى هذه الرواية الرجوع إلى المحبس صـرف إلى أقرب الناس به لما يجتمع في ذلك من الـصلة وسد خلّة الفقراء ، قاله ابن كنانـة وشرط في الذي يرجع إليه الحبس الفقر بقوله : (مِنَ الْفُقَرَاءِ) لأن (مِنْ) للبيان .

ابن عبـد السلام : وهو المشهور ، وقيل: إذا لم يكن أهل المرجع فـقراء ولم يكن فيهم من أهل الحاجة أحدٌ أعطي الأغنياء منهم ، وقيل: يدخل الأغنياء في السكنى دون الغلة .

واختلف أيضاً إذا كان في مراجع الأحباس فقراء فـأخذوا ما يكفيهم وبقيت بقية ، هل يرجع إلى من هو أبعد منهم أو ترد عليهم ؟

وقوله : (ثُمَّ عَلَى عَصَـبَتِهِمْ) أي : من الفقراء ، ولو قال المصنف: ثم عصبة الأقرب فالأقرب لأن عصبة عصبته عصبة له لكان أقرب إلى الفهم .

وأجاب بعض من تكلم على هذا المحل بأنه قـصد الاقتداء بعبارة الأقـدمين وفيه نظر ، لأني لم أر هذه العبـارة للأقدمين بل الذي لمالك في «العتـبية»[1] أنه يرجع على عـصبـة المحبس.

وقـال ابن القـاسم : يرجع إلى أولـى الناس من ولد أو عـصبـة ، وقـاله مـالك في «الموازية».

وقوله : (وَيَدْخُلُ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ لَوْ كَانَ رَجُلاً لَكَانَ عَصَبَةً) أي : ويدخل من النساء في مراجع الأحـباس ، وهكذا قال مـالك في «الموازية» ونحوه لأصبغ ، وقـيل: يدخل النساء هذا القول لابن القاسم في «العتبية»[2] لأنه قال : يرجع إلى المحبس قال: إنها ابنة واحدة قال: ليس النساء عصبة إنما يـرجع إلى الرجال ، ولم يذكر المصنف على القولين بدخولهن إلا قولاً واحداً وهو : أنّ من كان من النساء ذكراً كان عصبة وهو مقتضى ما في سماع ابن القاسم.

وعليه فـتدخل العمـات وبنات العمات وبنات العـم وبنات الأخ وبنات الأخوات للأب والأم أو للأب دون الأخوات للأم ، وتدخل أمه وبنات المعـتق وقيل: لا يدخل من النساء

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٨٧) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/ ١٨٧) .

إلا من يرث منهن خاصة ومن البنات وبنات الأبناء والأخوات الشقائق أو لأب وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون ، ولا يدخل من النساء إلا من كان من جد من النسب كالبنات وبنات الأبناء والأخوات ولا تدخل الأم لأنها ليست من قوم نسبه ، ولا العمات ولا بنات العم وبنات الأخ ، ولمالك من رواية أشهب أن الأم لا تدخل فأحرى الجدة ، وروي عن ابن القاسم أن الأم تدخل دون الجدة .

صاحب «البيان»[1] **وابن زرقون** : ولا خلاف أنه لا تدخل الأخوات للأم ولا الخالات ولا بنات البنات ولا بنات الأخوات وعلى دخولهن فقال مالك في «الموازية» : الذكر والأنثى فيه سواء وإن شرط في أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين ، قال: لأن المرجع ليس فيه شرط ولو لم يكن له يوم يرجع إلا ابنة واحدة لكان لها جميعه .

وَالْوَقْفُ لازِمٌ وَلَوْ قَالَ وَلِي الْخِيَارُ

لأن بقوله : «وقفت» لزم فلا يقبل قوله : **(وَلِي الْخِيَارُ)** ؛ لأنه رجوع بعد لزومه ، وهكذا في «الجواهر»[2] .

ابن عبد السلام : وفيه نظر ؛ لأنه إلزام له غير ما التزمه ، وقال بعض من تكلم هنا : لا أعلم للمصنف موافقا .

خليل : وقد قال جماعة: إن المحبس إذا شرط في حبسه أنه إن ذهب قاض أو غيره إلى كذا يرجع إليَّ حبسي فجميع حبسه راجع إليه إن كان حياً أو إلى ورثته أو صدقة لفلان - أن له شرطه ، وكذلك قال: إذا شرط أن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط ولزم المحبس عليه إثبات حاجته أو اليمين على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات .

وَلا يُشْتَرَطُ التَّنْجِيزُ كَمَا إِذَا قَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَهُوَ وَقْفٌ

تصوره ظاهر .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/١٨٨) .

(٢) « الجواهر » (٣/٩٣) .

وَلا التَّأْبِيدُ بَلْ يَصِحُّ جَعْلُهَا مِلْكاً لَهُمْ وَلِغَيْرِهِمْ بَعْدُ

هكذا قال في «المدونة»[١] و«المجموعة» فيمن قال : داري حبس على عقبي وهي للآخر منهم أنها تكون للآخر منهم ملكاً .

وَلَوْ قَـالَ : عَلَى أَوْلادي وَلا أَوْلادَ لَهُ فَـفِي جَوَازِ الْبَـيْعِ قَـبْلَ إِيَاسِـه قَـوْلان : ابْنُ الْمَاجِشُون: يُحْكَمُ بِحَبْسِهِ وَيُخْرَجُ إِلَى يَدِ ثِقَةٍ لِيَصِحَّ الْحَوْزُ ، وَتُوقَفُ ثَمَرَتُهُ فَإِنْ وُلِدَ لَهُ فَلَهُمْ وَإِلا فَلأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ...

القول بالجواز لمالك في «الموازية» و «المجموعة» ، قاله فيمن حبس على ولده ثم هو في سبيل الله ، والقول بالمنع لابن القاسم قال : ليس له أن يبيع حتى ييأس من الولد ، قال : ولو أجـزت له أن يبيع لأجـزت له إن كان له ولد ومـاتوا أن يبـيع ولا ينتظر أن يولد له ، قال: وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثاً ، وقول ابن الماجشون ثالث أي أن الحبس قد تم وإن لم يولد له رجع إلى أقرب الناس بالمحبس .

وقوله : (**فَإِنْ وُلِدَ لَهُ فَلَهُمْ**) ؛ أي الحبس والثمرة ، وإذا بقي وقفاً عليهم رد إليه لأنه لا يصح حوز لولده ، قاله الباجي[٢] .

وَلا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْمَصْرِفِ لَفْظاً ، بَلْ لَوْ قَـالَ : وَقَفْتُ صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ ، وَقِيلَ : فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ ...

نحـوه في «الجـواهر»[٣] ؛ لأنه قـال : وإن قال وقفٌ ولم يـعين المصرف صـرف إلى الفقراء، قاله مالك في الكتاب .

وقال القاضي أبو مـحمد : يصرف في وجـوه الخير ، ولفظ «المدونة»[٤] : ومن قـال داري حبس فقط ؛ ولم يجعل لها مخرجـاً فهو حبس على الفقراء والمساكين ، إلا أن يرى لذلك وجه يصرف إليـه ؛ مثل أن يكون موضع رباط كالإسكندرية وجـلُّ ما يحبس الناس فيها السبيل فيجتهد فيها الإمام ، وفي «الجلاب»[٥] نحو قول القاضي .

---

(١) « المدونة » (١٥/ ٩٩) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٣١) .

(٣) « الجواهر » (٣/ ٩٣) .

(٤) « المدونة » (١٥/ ٩٩) .

(٥) « التفريع » (٢/ ٣٥٩) .

وقال ابن عبد السلام وقوله : (وَقِيلَ : فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ) عدَّه المصنف خلافاً وليس كذلك ، وإنما هو المذهب أن يسأل المحبس إن أمكن عن قصده فيعمل عليه وإن لم يمكن كموته ونحو ذلك نظر إلى غالب ما يحبس الناس فيه ذلك الجهة ، فإن لم يكن غالب صرف إلى الفقراء ، انتهى .

وفيه نظر ، لأنه كلام مع سؤال المحبس والغلبة وإنما الكلام إذا لم يكن واحد منهما ، وقوله في «الجلاب»(١) : صرف في وجوه الخير أعم من الفقراء ، فهما قولان والله أعلم.

وَمَهْمَا شَرَطَ الْوَاقِفُ مَا يَجُوزُ لَهُ اتُّبِعَ كَتَخْصِيصِ مَدْرَسَةٍ أَوْ رِبَاطٍ أَوْ أَصْحَابِ مَذْهَبٍ بِعَيْنِهِ...

لأن ألفاظ الواقف تتبع كألفاظ الشارع ، واحترز بقوله : (مَا يَجُوزُ لَهُ) مما لو شرط معصية ، ولا يعارض هذا بأحد القولين في نقل أنقاض المسجد إذا دثر ويئس من عمارته لخراب البلد ونحوه إلى مسجد آخر ، لأن شرطه إنما يتبع مع الإمكان ولأن هذا أوفق لقصده لدوام الانتفاع بوقفه ، وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت فلا بأس أن يبنى فيه مسجد وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض ، وكذلك قال ابن الماجشون في أرض محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها وأرادوا أن يتوسعوا ويدفنوا بمسجد بجانبه فلا بأس به وذلك حبس كله .

وسأل ابن وضاح سحنون عن زيت المسجد يكون كثيراً يباع ويدخل في منفعة المسجد قال : تجعل فتائل غلاظ ولم ير بيعه ، قال : أيوقد به في مسجد آخر ؟ قال : فلا بأس به، قال : فالخشبة تكون في المسجد قد عفت لا يكون فيها كثير منفعة أتباع ويشترى بثمنها خشب يرم به المسجد ؟ قال : أما أنا فلا أجعل سبيلاً إلى بيعها أصلاً إلا ثم قولاً ضعيفاً .

وَلَوْ حَبَّسَ عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَحِصَّتُهُ لِلْفُقَرَاءِ إِنْ كَانَتْ غَلَّةً، وَإِنْ كَانَتْ كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ وَشِبْهِهِ فَرِوَايَتَانِ ...

قوله : (عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو) أي : معينين ، واحترز من نحو فلان وعقبه أو على بني بنيهم وهذا إن بقي واحد فله جميع الغلة .

(١) « التفريع » (٢/٣٥٩) .

ابن راشد : قوله : **(ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ)** أي : ثم جعله في آخر على الفقراء أو غيرهم ثم مات بعض الأولين ، فإن كان الحبس يتجزأ بالقسمة كغلة الحائط انتقل نصيب الميت إلى المصرف الثاني ، وإن كان لا يتجزأ بالقسمة كركوب الدابة وسكنى دار فاختلف هل ينتقل نصيب الميت للمصرف الثاني أو لبقية الأولين ؟

ابن عبد السلام : وقد كثر فيها اضطراب المتقدمين وكذلك بين فقيهي قرطبة ابن راشد وابن الحاج ، وألف كل واحد منهما على صاحبه .

كتاب بيان مقتضى الألفاظ

بَيَانُ مُقْتَضَى الأَلْفَاظِ

أي : باب بيان الألفاظ الواقفة ، أي باعتبار ما تدل عليه إذا عبر بها الواقف عن الموقوف عليه .

وَوَلَدِي أَوْ أَوْلادِي يَتَنَاوَلُ وَلَدَ الصُّلْبِ مُطْلَقاً وَوَلَدَ ذُكُورِهِمْ وَيُؤْثَرُ الأَعْلَى ، وَقِيلَ : يُسَوَّى...

يعني : إذا قال هذا وقف على أولادي أو على ولدي فإنه يكون على أولاد الصلب مطلقاً ذكراً أو أنثى وولد ذكورهم دون ولد الأنثى وهذا هو المعروف خلافاً لابن عبد البر[1] وغيره من المتأخرين في إدخالهم .

ودليل الأول الإجماع على عدم دخولهم في قوله : ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ** ﴾ [النساء:١١] ، فإن قيل : قد قال تعالى : ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ** ﴾ [النساء:٢٣] وقال : ﴿ **وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ** ﴾ ولا شك أن ولد البنت داخل فيها ، قيل : يحمل على المجاز؛ لأنَّا قد اجتمعنا على أن إطلاق الولد الذكر حقيقة ، فلو كان حقيقة في ولد الأنثى لزم الاشتراك ، ويرجح لك أيضاً المجاز قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

قوله: (**وَيُؤْثَرُ الأَعْلَى**) على مذهب مالك وابن القاسم في «المدونة»، والقول بالتسوية للمغيرة، وعلى المشهور فذلك مع تساوي الحال فإن كانت الحاجة في ولد الولد أوثر وتكون الآباء معهم، قاله ابن القاسم وعبد الملك ومحمد وهو استحسان، هذا على قول المغيرة القائل بدخول بني الابن في الحبس، واختار ابن المواز من قولي مالك نفي دخولهم إلا في الفضل .

وَوَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي - الْمَنْصُوصُ أَيْضاً : لا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ

يعني : وكذلك أولادي وأولاد أولادي ، والمنصوص قول مالك وهو مذهب «المدونة»

(١) « الكافي » (ص / ٥٤٠) .

على مـا وقع في بعض الروايات ، ومقـابله هو ما ذكـره ابن العطار عن أهل قرطبـة أنهم كـانوا يفـتون بدخـولهم وقـضى به مـحمـد بن السليـم بفتـوى أكـثر زمـانه ، قـال في «المقـدمـات»(١): وهو ظاهر اللفظ ، لأن الولد يقع علـى الذكر والأنثى ، فإذا قـال على ولدي وولد ولدي فهو بمنزلة قوله على أولادي ذكورهم وإناثهم وعلى أعقابهم .

وَأَوْلادِي : فُلانٌ وَفُـلانٌ وَفُلانَةٌ وَأَوْلادُهُمْ ؛ يَدْخُلُونَ اتِّفَـاقاً ، قَالَ الْبَـاجِيُّ : وَأَخْطَأَ ابْنُ زَرْبٍ...

يعـني : إذا سمى الذكور والإناث ثم قـال : وأولادهم دخل ولد البنات باتفاق لما سمى الذكر والأنثى ، وقال : (**وَأَوْلادُهُـمْ**) ولم يختص اختصاص أولاد الذكور ، والباجي هو ابن رشد كما تقدم .

قال في «المقـدمات»(٢) بعد التصريح بخطأ ابـن زرب : وكان ابن زرب يفتي بما عليه الجماعة من دخـول ولد البنات حتى نزلت فقاسهـا على ما روي عن موسى بن طارق عن مالك فيمن حبس على ولده ، فقـال : ولد البنات ليسوا بعقب ، قال : ورجوع ابن زرب لهذه الرواية غلط لأن الرواية إنما هي فيمـن حبس على ولده وولد ولده بخلاف هذه ، فإن تسمية البنات قد صرح به فيها .

فرعان :

الأول : وقع في سمـاع سحنون في من قال : داري حـبس على ابنتي وعلى ولدها أن ولد الولد يدخلون فيه ، قال غيره : إنما يكون حبسا على ولد الابنة دنية فإذا ماتوا لم يكن لأولاد أولادها شيء .

الثـــاني : إن قال حبـست على أولادي ذكورهم وإناثهم وأعقابهم ولم يسـمهم ، ففي «المقدمات»(٣) : ظاهر المذهب دخولهم ، وفي «الموازية» مسألة استدل بها بعضهم على أن ولد البنات لا يدخلون في المثال المذكور ، وهو قوله في من حبس على ولده الذكر والأنثى وقال فـي من مات منهم فـولده بمنزلته ، قـال مالك : لا أرى لولد البنـات شيئـاً ، وهو استدلال ضعيف .

---

(١) « المقدمات » (٢/١٠٣) .

(٢) « المقدمات » (٢/١٠٥) .

(٣) « المقدمات » (٢/١٠٥) .

وَوَلَدِي وَوَلَدِهِمْ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ

أي : أقوى من (**وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي**) وأضعف من (**وَلَدِ فُلانٍ وَفُلانٍ وَفُلانَةٍ**) وقد اختلف في هذه المسألة فحكى ابن أبي زمنين عن مالك عدم دخولهم فيحتملُ أن تكون من المسألة الأولى ، وأدخلهم ابن السليم بفتوى أكثر زمانه فيحتمل أن تكون من الثانية .

وَبَنِيَّ وَبَنِي بَنِيَّ كَـ«وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي» عَلَى الْمَنْصُوصِ

أي : فلا يدخل ولد البنات ، وهكذا في «الجواهر»[1] فقال : البنون عند مالك يتناول ولد الولد الذكور والإناث ، قال مالك : من تصدق على بنيه وبني بنيه فإن بناته وبنات بنيه يدخلن في ذلك .

وروى عيسى عن ابن القاسم في من حبس على بناته أن بنات بناته يدخلن في ذلك مع بنات صلبه ، والذي عليه جماعة أصحابنا أن ولد البنات لا يدخلون في البنين .

ابن راشد : وعلى ما تقدم على ابن عبد البرِّ وغيره يدخل أولاد البنات ، ولعل هذا هو الذي أشار إليه المصنف بمقابل المنصوص ، على أن يدخل ولد البنات هنا أضعف من دخولهم هناك ، لأن لفظ الولد حقيقة يطلق على الذكر والأنثى ، وأما الابن فلا يطلق على البنت .

وَعَقِبِي كَوَلَدِي فَإِنْ حَالَتْ دُونَهُ أُنْثَى فَلَيْسَ بِعَقِبٍ

فلا يدخل ولد البنات لأن العقب من ينسب إلى الإنسان ، ولم يفرق أحد بين ولدي وعقبي .

وقوله : (**فَإِنْ حَالَتْ**) أي : بين المحبس والذكر أنثى وهو زيادة إيضاح ، ولو سكت عنه لفهم .

وَنَسْلِي كَذَلِكَ

أي : مثل العقب ، وقيل: ولد البنات يدخلون في النسل .

وَذُرِّيَّتِي يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ اتِّفَاقاً ؛ لأَنَّ عِيسَى مِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِمَا السَّلامُ

هكذا حكى الاتفاق ابن العطار ، واستدل بقوله تعالى : ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ﴾

(١) « الجواهر » (٣/ ٩٥)

[الأنعـام:٨٤] إلى قوله: ﴿ وعيسى ﴾ وهو ولد بنت ، وأجيب بأن عيسى عليه السلام لم يكن له أب وقامت الأم مقامه .

قال في «المقدمات»(١) : وهو جواب غير صحيح ، وانظره ، وفي الاتفاق نظر ، لأن في «المقدمـات» : اختلف في النسل والذرية فقيل : منـزلة الولد والعقب لا يدخل البنات فيهما، وقيل: يدخلون ، وفرق ابن العطار فجعل النسل كالولد بخلاف الذرية .

وَعَلَى إِخْوَتِه يَدْخُلُ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى

هكذا قال ابن شعبان ، إذا قال داري حبس على إخوتي كانت على ذكورهم وإناثهم من أي جهة ، لقوله تعالى : ﴿ **فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ** ﴾ [النساء:١١] وقد أجرى الإناث في الحجب مجرى الذكور.

وَرِجَال إِخْوَتِي وَنِسَائِهُمْ ، يَدْخُلُ الصَّغِيرُ مَعَهُمْ

قـوله : (**يَدْخُلُ الصَّغِيـرُ مَعَهُمْ**) أي والصغيرة ففيه حذف معطوف ، ويحتمل أن يريد بالصغير الجنس فيعم ، واستدل ابن شعبان على دخولهم بقوله تعالى : ﴿ **وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاءً** ﴾ الآية [النساء:١٧٦] .

ابن شعبان : وبهذا حنث من حلف لا يكلم رجال بني فلان فكلم صبيانهم الذكور .

وَعَلَى بَنِي أَبِي إِخْوَتُهُ الذُّكُورُ وَأَوْلادُهُمُ الذُّكُورُ ، وَقَالَ التُّونُسِيُّ : هُوَ اخْتِلافٌ

لا إشكال في عدم دخول الإخـوة للأم هنا ، لأن قوله: (**بَنِـي**) يخرجـهم ، وقوله : (**إِخْوَتُهُ الـذُّكُورُ**) أي سواء كانوا أشقاء أو لأب ، وهكذا قـال ابن شعبان لأنه قال : على بني أبي دخل فيه إخوته لأمه وأبيه ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده لأنهم من ولد أبيه ، وفي كلام المصنف نظر من أوجه :

أولهـا : كان ينبغي أن يزيد بعد قوله: (**وَأَوْلادُهُمُ الذُّكُـورُ**) وذكور ولده كما وقع في الرواية .

ثانيها : قوله: (**وَقَالَ التُّونُسِيُّ**) وإنما هو ابن شعبان ، وسبب وهمه أن ابن شاس إذا أراد ابن شعبان عبر عنه بالشيخ أبي إسحاق ، فتوهم المصنف أنه التونسي .

ثالثها : أن ابن شعبان لم يصرح بالمعارضة وإنما أشار إليه ابن شاس ، لأنه لما حكى قول

---

(١) « المقدمات » (٢/١٠٦) .

ابن شعبان ، قال : وهذا يشعر بأنه لا يرى دخول الإناث تحت قوله: بني ، وهو خلاف ما تقدم في الرواية .

ابن عبد السلام : ويمكن أن يفرق بينهما من جهة العرف لا من جهة اللغة ، لأن لفظ (الابن) يستعمل عرفاً في الجنان والبنت أحق بذلك ، بخلاف (بَنِي أَبِي) فإنه يستعمل في المتناصر ولا مدخل للأنثى فيه .

وَآلِي وَأَهْلِي قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : سَوَاءٌ ، وهُمُ الْعَصَبَةُ وَمَنْ لَوْ كَانَ رَجُلاً كَانَ عَصَبَةً ، وَقِيلَ : الأَهْلُ مَنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ أَحَدِ الأَبَوَيْنِ قَرُبُوا أَوْ بَعُدُوا كَالأَقَارِبِ

يعني : أن ابن القاسم قال : الآل والأهل سواء ، ويدخل في ذلك من النساء من لو كان رجلاً كان عصبة فتدخل الأخوات والبنات وبنات الأبناء .

الباجي(١) : وقول ابن القاسم هو المشهور من المذهب .

وقال ابن شعبان : يدخل في الأهل من كان من جهة الأبوين بعدوا أو قربوا ، هكذا روي عن مالك في الأقارب .

وقال أشهب في «المجموعة» : لأنه قال: يدخل فيه كل ذي رحم محرم من قبل أبيه وأمه، وقاله ابن كنانة لأنه قال : ويدخل فيه من العمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت .

الباجي(٢) : ويلزم من أدخل في ذلك بني الأخت أن يدخل بني الخالات إلا أن يكون لجهة الأب مزية ، وعلى هذا فيكون قوله: (كالأقارب) استدلال لقول ابن شعبان ، ويحتمل أن يقصد بذلك التشبيه في القولين ، لأنه روي عن مالك في «الموازية» و «المجموعة» في من أوصى للأقارب: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد .

قال مالك : ولا يدخل ولد البنات ولا ولد الخالات ، وحكى صاحب «المعين» وغيره فيما إذا أوصى لقرابته أو ولد قرابته ثلاثة أقوال :

الأول : لا دخول لقرابته من قبل النساء بحال ، وهو قول ابن القاسم .

الثاني : أنهم يدخلون ، وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك .

---

(١) « المنتقى » (٨/ ٣٥) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٣٥) .

ابن حبيب : وهو قول جميع أصحاب مالك .

الثـــالث : لعيسى أنه لا يدخـل في ذلك قرابته من النساء إلا ألا يبقـى من قرابته من الرجال أحـد ، قالوا : وأما إن لم يكن له من قـبل الرجال قرابة فـلا خلاف أنه لا يكون لقرابته من النساء .

وَعَلَى موَاليه رُوِيَ : مواَليه الَّذينَ أَعْتَـقَهُمْ فَقَطْ وَأَولادُهُمْ ، وَرُوِي : وَمَوَالِي أَبيه وَابْنه ، وَرَجَعَ إِلَيْه ، وَرُوِي : مَـوَاليه وَمَوَالِي مَـوَاليه ، وَرُوِيَ : وَمَوَالِي الْجَـدِّ وَالْجَدَّة وَالأُمِّ وَالأَخِ ، وَفِي الْجَمِيعِ يُؤْثَرُ الأَحْوَجُ فَإِنِ اسْتَوَوْا فَالأَقْرَبُ ...

يـعنـي : إذا وقف على مواليه فلا خلاف في دخـول من أعتقهم ذكورهم وإناثهم ، ثم اختلف فروى ابن القاسم عن مالك في «العتبية»[1] : لا يدخل غيرهم ، (**وَرُوِي : وَمَوَالِي أَبيهِمْ**) دلت الواو على أنه في الرواية وافق على ما في الأولى ، وزاد وكذلك في الثالثة ، وهذه الرواية الثانية لابن القاسم في «العتبية» أيضاً ، (**وَرُوِي : مَوَاليه وَمَوَالِي مَوَاليه**) أي : يدخل في هذه الرواية مواليه وموالي أبيه وابنه وموالي مواليه .

وقوله : (**وَمَوَالِي الْجَدِّ**) تصوره ظاهر وهي لمالك في «المجموعة» قال فيه : ولا يدخل موالي بني الإخوة والعمومة ، ولو دخلت موالي هذه لدخلت موالي القبيلة .

قوله : (**وَفِي الْجَمِيعِ**) ؛ يعني في جميع الروايات يؤثر الأحوج وإن كان أبعد ، (**فَإِنِ اسْتَوَوْا**) في الحاجة أوثر الأقرب ، وهكذا في «المجموعة».

وَعَلَى قَوْمِه عَصَبَتُهُ دُونَ النِّسَاءِ

نحوه لابن شعبان ، واستدل بقوله : ﴿ **لا يَسْخَرْ** ﴾ [الحجرات:١١] إلى قوله : ﴿**خَيْراً مِّنْهُمْ**﴾ وبقول زهير :

وما أدري ولسوف إخال أدري أقـــوم آل حصـــن نســـاء

وينبغي أن يرجع إلى العرف إن كان هناك عرف .

وَأَطْفَالِ أَهْلِي وَصِبْيَانِهِمْ وَصِغَارِهِمْ - لِغَيْرِ الْبَالِغِينَ

أي : من الذكور والإناث .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٨٧) .

وَشُبَّانِهِمْ وَأَحْدَاثِهِمْ : لِمَنْ بَيْنَ الْبُلُوغِ وَكَمَالِ الأَرْبَعِينَ

هو ظاهر ، وقاله ابن شعبان .

وَكُهُولِهِمْ لِمَنْ جَاوزَهَا إِلَى السِّتِّينَ ، وَشُيُوخِهِمْ : لِمَنْ جَاوزَهَا ، وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِي الْجَمِيعِ سَوَاءٌ ...

يعني : أن يعتمد في جميع هذا على العرف ، وقوله : (**وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى سَوَاءٌ**) أي : من الأطفال إلى الشيوخ ، وهو معنى قوله : (**فِي الْجَمِيعِ**) .

وَأَرَامِلِهِمْ : الذَّكَرُ وَالأُنْثَى

هكذا قال ابن شعبان أنه إذا قال لأراملهم كان الرجل الأرمل الذي لا زوجة له والمرأة الأرملة التي لا زوج لها ، واستشهد بقول جرير :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها   فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

ابن عبد السلام : ومن نسب هذا البيت للحطيئة لم يقل شيئاً .

قال ابن السكيت : الأرامل : المساكين رجال أو نساء ويقال لهم وإن لم يكن فيهم نساء .

وَحُكْمُ مُطْلَقِه : التَّنْجِيزُ مَا لَمْ يُقَيَّدْ بِاسْتِقْبَالٍ ، وَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الصِّحَّةِ ، وَالتَّنْجِيزُ فِي الْحَيَاةِ ، وَإِلا فَفِي الثُّلُثِ ...

أي : حكم المطلق من الوقف التنجيز في الحال إلا أن يقيد باستقبال ، كقوله : أوقف بعد شهر ، وهو استثناء منقطع لأنه إذا قيد باستقبال لا يكون مطلقاً .

وقوله : (**مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الصِّحَّةِ ، وَالتَّنْجِيزُ**) لأن الصحيح لا حجر عليه .

واحترز بالصحة من المرض فإنه إنما يكون في الثلث ، وبالتنجيز بما لو وقع موقوفاً على الموت فإنه إنما يكون في الثلث ، وإليه أشار بقوله: (**وَإِلا فَفِي الثُّلُثِ**) .

وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْغَلَّةَ وَالثَّمَرَةَ وَاللَّبَنَ وَالصُّوفَ

يملك الموقوف عليه الغلة بخلاف الرقبة فإنها على ملك الواقف ، وعطف الثمرة واللبن والصوف على الغلة من باب عطف الخاص على العام ، أو يقال الغلة أراد بها ما ليس عينٌ قائمة .

وَنَتَاجُ الإِنَاثِ وَقْفٌ وَيُبَاعُ فَضْلُ ذُكُورِهَا عَنْ ضِرَابِهَا فِي إِنَاثٍ ، وَمَا كَبُرَ مِنْ إِنَاثٍ كَالذُّكُورِ...

لَمَّا كان المقصود من الحبس بقاء عينه لينتفع به المحبس عليه ، والحيوان لا يطول مقامُه كالرِّباع ، وكان التناسل فيه يقوم مقام عينه ، فلذلك قالوا : لا يباع إناثه وما يراد من الذكور للضراب ويباع ما لا يُرجى نسله من الإناث وما استغني عنه من الذكور يريد ويجعل في إناث ، كذا روى ابنُ القَاسم عن مالك في «الموازية» ولعله إنما سكت عن ذلك لما سيذكر في الفرس والثوب .

وقوله : (وَنَتَاجُ الْحَيَوَانِ) أي : الموقوف بحذف الصفة .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا سِوَى الْعَقَارِ إِذَا ذَهَبَتْ مَنْفَعَتُهُ الَّتِي وُقِفَ لَهَا كَالْفَرَسِ يَهْرَمُ ، وَالثَّوْبِ يَخْلَقُ - يُبَاعُ فِي مِثْلِهِ أَوْ شِقْصِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لا يُبَاعُ وَقْفٌ وَإِنْ ذَهَبَتْ مَنْفَعَتُهُ إِلا أَنْ يَكُونَ بِشَرْطٍ ...

ابن عبد السلام : أبقى جماعة قول ابن القاسم على إطلاقه ، وقال اللخمي : إن انقطعت منفعة الحبس وصار بقاؤه ضرراً جاز بيعه ، وإن لم يكن ضرراً أو رجي أن تعود منفعته لم يجز .

واختلف إذا لم يكن ضرر ولا وجبت منفعته ، وكذلك صرح صاحب «البيان»(١) بالاتفاق على الوجهين الأولين .

وقوله : (إِلا أَنْ يَكُونَ بِشَرْطٍ) أي : في أصل الحبس فإنه إن هرم أو فسد بيع فحينئذ يجوز بيعه بالاتفاق.

وَيَتَوَلَّى الْوَقْفَ مَنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ لا الْوَاقِفُ وَلَوْ شَرَطَهُ لَمْ يَجُزْ

قال في «الجواهر»(٢) : والنظر في مصالح الوقف إلى من شرط الواقف فإن لم يولِّ تولاه الحاكم ولا يتولاه بنفسه .

قال في «المختصر الكبير» : ولا يجوز للرجلِ أن يحبس ويكون هو ولي الحبس .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٩٠) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ٩٦) .

وقال في «الموازية» في من حبس غلة داره في صحته على المساكين فكان وليا عليها حتى مات وهي بيده أنها ميراث ، قال : وكذلك لو شرط في حبسه أنَّه يلي ذلك لم يجزه له ابن القاسم وأشهب .

خليل : وانظر قوله في «الموازية» ، وكذلك لو شرطه هل المراد أنه يبطل حبسه وهو ظاهر لفظا ومعنى .

قوله : **(أَنَّهُ لَمْ يَجُزْ لَهُ)** أي : لم يجز له هذا الشرط بل يصح ويخرج إلى غيرهم ، والأظهر أن معنى ما في «الموازية» أن المحبس مات ولم يجز عنه ولا إشكال في البطلان مع ذلك ، وأما إن كان حيا فإنه يصح الوقف ويخرج إلى يد ثقة ليتم الحوز ، وهكذا فسر ابن عبد السلام كلام المصنف .

فقولُه : **(لَمْ يَجُزْ)** أي : الشرط ويحتمل لم يجز الوقف ويبطل ولَو كانَ حياً ، ويؤيده اختلافهم في الفرع الذي بعده ، ولا شك أنَّ البطلان هنا أقوى من الفرع الذي بعده ، والأول هو القياس كما قدم فيما إذا شرط الخيار أنه يصح الوقف ، ويبطل الشرط ، والضمير في شرطِهِ عائد على (المتولي) المفهوم من يتولى ، ولا يصح أن يعود على الواقف لأنه يؤدي إلى تعدي فعل المضمر إلى ضميره المتصل .

فَإِنْ جعلَهُ بِيَد غَيْرِه وَيَتَسلَّمُ مِنْهُ غَلَّتَهَا وَيَصْرِفُهَا وَعَلَى ذَلِكَ وَقَفَ - فَقَوْلانِ

الضمير في **(جَعَلَهُ)** عائد على الوقف ، وفي غيره يعود على الواقف وفي **(مِنْهُ)** يعود على الغير ، والقول بالجواز لمالك في «الموازية» وهو قول ابن عبد الحكم .

ابن المواز : وأباه ابن القاسم وأشهب .

اللخمي : وأرى أن يمضي في الوجهين لأنه حبس أنفذ في ما حبس له ولم يعد فيه محبسه وقد تقدم إذا كان الوقف بيد واقفه ويصرف غلته ويخرجه من يده وانتفع به ثم يعود إليه هل يصح الحبس أو لا ؟

ابن عبد السلام : القول بالصحة يصح هنا من باب الأولى ، وعلى القول بالبطلان تأتى القولان اللذان ذكرهما المصنف هنا والله أعلم .

وَيَبْدَأُ بِإِصْلاحِهِ وَنَفَقَتِهِ وَلَوْ شَرَطَ خِلافَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ

ويبدأ الناظر بإصلاحه إن كان عقاراً وبنفقته إن كان حيواناً ، لأن الغرض من الوقف

دوام المنفعة، ولذلك قال ابن شعبان: لو شرط خـلاف البداية بإصلاحه ونفقته لبدئ بذلك وبطل شرطه، لأنه شرط يؤدي إلى بطلان الوقف وما كان كذلك من الشروط لا يوفى بها.

فَإِنْ كَانَتْ دَاراً لِلسُّكْنَى فَإِمَّا أَصْلَحَ، وَإِمَّا خَرَجَ فَتُكْرَى بِمَا تُصْلَحُ بِهِ

أي: فإن كانت العين الموقوفة دارا للسكنى واحتـاجت إلى إصلاح خُيِّرَ الساكن المحبَّس عليه فإما إن يصلح، وإما أن يخرج فتكرى بما تصلح به ثم يعود، قاله اللخمي، قيل: لأن المحـبس لما علم أنها تحتاج إلى إصـلاح ولم يوقف لذلك شـيئـاً فقـد أذن في الكراء عند الحاجة.

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ إِصْلاحَهَا عَلَيْهِ لَمْ يُقْبَلْ

(عَلَيْهِ) أي: على الموقوف عليه **(لَمْ يُقْبَلْ)** أي: الشرط؛ أي: ويصح الوقف وهكذا في «المدونة» وعلل فيـها صحة الوقف بأنهـا فاتت في سبـيل الله وبطلان الشرط بأنه راجع إلى الكراء المجهول، قال في «المدونة»: ومرمتها من غلتها.

يحيى بن عمر: وإن كانت موقوفة للسكنى خير الساكن بين أن يُصلِحَ أو يخرج فتكرى بما تُصلح به وأمضى في المدة الحبس بمجرد العقد.

قال محمد: يرد الحبس ما لم يُقْبَض، قال: ولو اشترط أن يرمَّ ما اغتل منها بغير كراء جاز، نقله اللخمي.

وَإِنْ كَـانَ فَرَسـاً فِي الْجِـهَادِ وَشِـبْهِـهِ فَـعَلَى بَيْتِ الْمَالِ، فَـإِنْ لَمْ يَكُنْ بِيعَ وَعُـوِّضَ بِهِ سِلاحٌ...

أي: وإن كان الموقوف فـرسا في الجهاد وشِـبْهِهِ كالرباط، واحتـرز بذلك مما لو كانت وقفاً على معين فإنه ينفق عليـه من غلته، ويحتمل أن يقرأ (وَشِـبْهَـهِ) بالنـصب؛ أي: وشبه الفرس العبد ونحوه، وعلى ذلك مشاه ابن راشد.

والنفقة على ذلك من بيت المال، وإن لم يكن بيت مال بيع واشـتري ما لا يحتاج إلى النفقة كالسلاح ونحوه؛ لأن السلاح ونحوه أقرب من غيرهما إلى قصد الواقف.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: تَبْقَى وَلَوْ تَحَقَّقَ هَلاكُهَا

أي: تبقى العين الموقـوفة ولو تحقق هلاكـها؛ أي: ولا يباع الفرس ونحـوه، وكلام المصنف جار على طريقة من نقل عن ابن الماجشون عـدم البيع، وأما على ما نقله اللخمي وغيره كما تقدم فلا.

وَمَنْ هَدَمَ وَقْفاً فَعلَيْهِ رَدُّهُ كَمَا كَانَ لا قِيمَتُهُ

أي : لأن قيمته كبيعه ، وإن كان على من هدم عين وقف إعادته كما كان على قول ، وإن كان المشهور خلافه كان ذلك هنا أحرى ، هكذا ذكره في «النوادر»(١) إلا أنه عزاه لابن كنانة ، ولا ينقض بنيان الحبس ويبنون فيه حوانيت للغلة وهو ذريعة إلى تغيير الحبس .

ومن سكن حبسا من أهل الحبس أو غيرهم فعليه أن يرد البنيان كما كان قبل أن تؤخذ منه القيمة فتحول الدار عما كان حبسها عليه .

وفي اللخمي : ومن تعدى على حبس فقطع النخل وهدم الدار وقتل العبد أو الفرس أو أفسد الثوب أغرم قيمة ما أفسد ، وإن كان الحبس في السبيل أو في الفقراء جعل ما أخذ من هدم أو قطع نخل في بناء تلك الدار وغراسة تلك النخل ، وفي مثل ذلك العبد والفرس والثوب ، وعلى قول أشهب يصرف فيما يرى أنه أفضل ، ويختلف إذا كان الحبس على معين هل يسقط حقه فيما حبس أو يعود حقه في تلك القيمة .

وَمَنْ أَتْلَفَ حَيَوَاناً وَقْفاً فَالْقِيمَةُ وَتُجْعَلُ فِي مِثْلِهِ أَوْ شِقْصِهِ

يجعل في مثله إن بلغ وإن لم يبلغ جعل في شقصه أي في بعضه ، ووقع في بعض النسخ بعد النص المتقدم ما نصه : **(وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَبْلُغْ قِيمَةَ عَبْدٍ قُسِمَ كَالْغَلَّةِ)** .

ابن راشد : ولم أقف على هذا القول ، وفرق في «المدونة» بين الفرس والثوب ، فذكر في الفرس مثل ما ذكره المصنف أنها إذا لم تبلغ فرسا جعله في شقص فرس ، وقال في الثوب المحبس : إن لم يبلغ تصدق به في السبيل .

بعض القرويين : وليس بخلاف ، ومسألة الفرس محمولة على ما إذا وجد من يشاركه والثوب على ما إذا لم يجد .

وقيل: بل لما كان المقصود في الخيل المنفعة بها في الغزو رجعت أثمانها في مثلها والثياب المنفعة بها للغزاة، فإذا بليت ولم ينتفعوا بها بنفسها أعطى ثمن ما يبيع من خلقها لهم .

وَفِي بَيْعِ النَّقْضِ قَوْلانِ

ابن شعبان : لا يباع نقض الوقف إذا خرب ، ومن أصحابنا من أجاز بيعه ولا أقول به، وكذلك اختلف في نقل الأنقاض إلى وقف آخر ، فقال ابن أبي زمنين : إذا خرب المسجد

---

(١) « النوادر والزيادات » (١١/ ١٣٢) .

ولم ترج عمارته أخذ وبني به في سائر المساجد ويترك منه ما يكون علما لئلا يندرس أثره، وكذلك قال عبـد الغفور : لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة ، ولا بأس ببـيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك ، وتوقف إن رجيت عمارتها وإن لم ترج أعين به في غيره أو صرف النقض إلى غيره ، والمنقول عن ابن القاسم المنع .

ابن عبد السلام : وأهل المذهب منع البيع والنقل والنقض الخشب وما في معناه مما ينتفع به في البنيان .

وَلا يُنَاقَلُ بِالْعَقَارِ وَلَوْ دَثُرَ وَخَرِبَ مَا حَـوْلَهُ ، وَبَقَاءُ أَحْبَاسِ السَّلَفِ دَاثِرَةً يَدُلُّ عَلَى مَنْعِ بَيْعِهَا وَمِيرَاثِهَا ...

المناقـلة : بيع ربع في آخر ، قال ابن شعبـان : لا يناقل بالوقف وإن خرب ما حوله ، وقد تعود العمارة بعد الخراب .

واسـتدل ابن عـبـدوس على المنع بما ذكـره المصنف من بقاء أحـبـاس السلف داثرة أي مهدومة ، وكذلك وقع هذا الاستدلال في نفس «المدونة» .

وفي بعض النسخ : **عيـاض** : ورخص في «موطأ ابن وهب» في بيع داثر ويعرض منه ربع ونحوه ، ويكون حبساً .

وفي «الرسالة»[(١)]: ولا يباع الحبس وإن خرب ، ويباع الفرس الحبس يكف ويجعل ثمنه في مثله أو يعان به في مثله ، واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب .

وَعَنْ مَالِك : لا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى مِنْ دُورٍ مُحَبَّسَةٍ لِـتَوْسِعَةِ مَسْجِدٍ أَوْ طَرِيقٍ لأَنَّهُ نَفْعٌ عَامٌّ ، وَقِيلَ : فِي مَسَاجِدِ جَوَامِعِ الأَمْصَارِ لا الْقَبَائِلِ ...

القـول بأن ذلك في كل المسـاجـد نقله في «النوادر»[(٢)] عن مـالك وقـاله سـحنون في «نوازله»، والقـول بخصوصـية ذلك في مـسجـد جوامع الأمـصار لمطرف وابن الماجـشون وأصبغ، ودليل الجواز أن مسـجد النبي ﷺ زيد فيه دار محبسـة والناس متوافرون في ذلك الوقت ولم ينكر ذلك أحد ، حكاه ابن الماجشون .

---

(١) « الرسالة » (ص ١١٩) .

(٢) « النوادر والزيادات » (١٢/ ٨٨) .

وقاس مالك في «المبسوط» الطريق فـأفتى ابن المكوي بالرواية التي في «المبسوط»، وقال ابن زرب : لا يجوز ذلك إلا في مسجده خاصة .

ووقع لأبي عمران فـي «مسائله»: إذا ضاق الجامع وإلـى جانبه حبس المساكـين فلا يباع لتوسـعة الجامع ، وإن اشتـرى بثمنه مثله لكن يكـرى من مال الجامع ، وأما البـيع فلا ، صاحب «البـيان»(١): واختلف هل يقضى عليهم أن يجعلوا الثـمن في حبس مثله ، فقال مالك وابن القاسم : ولا يقضى به عليـهم ولو استحقت فأخذ فيهـا ثمنا فعل به ما شاء ، قاله مالك وابن القاسم .

وقال ابن الماجـشون في «الثـمانية» : ويقـضى عليهم ، واختلف إذا أبـوا من البيع هل يجبرون وهو قول الأكثر أم لا ؟ وقيل : يجبرون في مساجد الجوامع دون غيرها .

وَيُكْرِي الْمُتَوَلِّي بِنَظَرِه للسَّنَة وَالسَّنَتَيْن كَالْوَكِيلِ ، فَـإِنْ أَكْرَاهَا لِمَنْ مَرْجِعُهَا إِلَيْهِ جَازَتِ الزِّيَادَةُ ، وَقَدْ أَكْرَى مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ مَنْزِلَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ عَشْرَ سِنِينَ وَاسْتُكْثِرَتْ ...

معناه إذا كانت الدار على قوم معـينين ثم هي على أولادهم وشبه ذلك ، وأما إن كانت على الفقراء وشـبههم فينبغي أن يجـوز أوسع من هذا الأجل ؛ إذ لا يتقى في ذلك سوى انهدام الدار ، وهذا الاحتمال لا يمنع من طول الأجل في الدار ، فـإن أكراها ممن مرجعها إليه جازت الزيادة .

ابن الماجشون : ومثل الأربع والخمس ، وقيل : يجوز في الأراضي الأربع سنين .

وقوله : **(جَـازَتِ الزِّيَادَةُ)** يعني لضعف القدر لأن الذي له المرجع إنما يعقد على نفسه بخلاف غيره ، وقوله : **(سَنَتَيْنِ)** ولو أكريت من غير من مرجعها إليه .

قال في «البيان»(٢): ويجوز كراء الأمد القريب بغير نقد باتفاق ، [وفي البعيد لا يجوز بالنقد](٣) ويختلف هل يجوز بغير نقد في البعيد وبالنقد في القريب على قولين .

ابن عبد السلام : وأجاز جماعة من فقهاء بلدنا وعمل به منذ عشرين عاماً كراء بقعة من أرض الحبس أربعين عاماً أن يبني بها داراً ، وليس الحبس فيها على معينين بعد أن بدل فيها

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢٣١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٣/ ٤١٤) .

(٣) سقط من ط.

مكتريها عرضاً خـارجاً في الكثرة عن العادة ، قوله : (وَقَدْ أَكْرَى مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ مَنْزِلَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ) أي : مرجعه إليه عشر سنين ، واستكثر المغيرة وغيره العشر .

وَلا يُفْسَخُ كِرَاءُ الْوَقْفِ لِزِيَادَةٍ

قيده في «الجواهر»[(١)] بما إذا كان الكراء وقع على وفق القبضة في الحال .

ابن عبـد السلام : وأما إن كان فيه غبن فتقبل الزيادة فيه حاضراً أو غائباً ، وأهل تونس في هذا التاريخ وقبله بسنين كثيرة استـمروا على أنه يكرى ربع الحبس على قبول الزيادة فيه ويجعلونه منحلا من جهة المكري ومنعقـداً من جهة المكتري ، وهو قول منصوص عليه في المذهب .

ووقع في «المدونة» ما يقتـضيه وإن كان بعضهم رأى ما في «المـدونة» خارجاً عن أصول المذهب ، واعتقـد من لقيناه أن ذلك مخالف للإجمـاع لأن ذلك راجع إلى بيع الخيار ولم يجزه أحد إلى سنة .

وأشار ابن رشد إلى أن المسألة ليـست كبيع الخيار الذي جعل أمد الخيـار فيه سنة ، فإن ذلك ينتقض فـيه البيع من أصله إذا أراد حله من جـعل له الخيار ، وهنا لا ينتـقض إلا ما بقي من المدة .

وَلا يُقْسَمُ إلا مَا وَجَبَ بالسُّكْنَى وَغَيْرِهَا ؛ لأَنَّ الْمَيِّتَ يَسْقُطُ وَالْمَوْلُودَ وَالْمُتَجَدِّدَ يَسْتَحِقُّ ، فَلَوْ قُسِّمَ قَبْلَهُ فَقَدْ يُحْرَمُ مُسْتَحِقٌّ وَيَأْخُذُ غَيْرُهُ ...

ولا يقسم الناظر في كراء الوقف إذا كانت كراء عن منافع مـستقبلة ، وسواء كان الكراء عن سكنى أو زراعة أو غيرهما إلا مـا وجب بمضي مدته ، لأنه لو قسم قبل الوجوب لزم أن يعطى من لا يستحق إذا مـات ولزم أن يحرم المولود والغائب وكلامـه ظاهر التصور في هذا .

قال ابن الماجشون : لا يكرى الحبس بنقد لأنه يوقف في وقفه تعرض التلف ولأن كراءه بالنقد أقل من غيره فيلزم النقض في العرض من غير فائدة ، وهذا كله إذا كان الوقف على قوم معينين ، وأما إن كان على الفقراء والغزاة وشبههم فيجوز كراؤه بالنقد والصرف للآمر ما أشار إليه المصنف والله أعلم .

---

(١) « الجواهر « (٩٧/٣) .

وَإِذَا بَنَى الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ فيه أَوْ أَصْلَحَ بِخَشَبٍ أَوْ غَيْرِه فَأَمْرُهُ لَهُ ، فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَذْكُرْهُ فَهُوَ وَقْفٌ قَلَّ أَوْ كَثُرَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لِوَرَثَتِهِ وَلَمْ يَرَ مَا قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ يَسِيراً كَمِيزَابٍ وَنَحْوِهِ فَوَقْفٌ ، وَإِلا فَلا ...

أي : في الواقف فأمره له ، فإن بين أنه له فهو له يورث عنه وإن بين أنه وقف فهو وقف ، فإن مات ولم يذكره فثلاثة أقوال : **الأول**: لمالك في «المدونة» : أنه يوقف لا شيء لورثته فيه .

الثاني: لابن القاسم في «الموازية» : أنه لورثته ولم ير ما قال مالك ، وما كان لأبيهم حيا فهو لورثته ميتاً واستصوبه أكثرهم ، لأن نفس البناء لا يكون وقفاً وإنما هو على ملكه بدليل لو أوصى بما كان له فالأصل بقاء ملكه حتى يتبين خلافه .

والثالث : للمغيرة الفرق وتصوره ظاهر .

التونسي : وهو الصواب .

وعن ابن القاسم مثل القول الأول ، وحمله التونسي على أن العادة جرت عندهم بذلك، ووقع لمالك أيضا في كتاب الشفعة : وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من البناء فلإخوته فيه الشفعة ، واستحسنه مالك وقال : ما سمعت فيه شيئاً .

واختلف الشيوخ هل ما في الموضعين خلاف أو يقيد ما في الشفعة بما في الحبس ويكونوا معنى أنه أوصى على معينين ؟

وَلَوْ خَرِبَ الْوَقْفُ فَأَرَادَ غَيْرُ الْوَاقِفِ إِعَادَتَهُ فَلِلْوَاقِفِ أَوْ وَرَثَتِهِ مَنْعُهُ لأَنَّ عَيْنَهُ مِلْكٌ ، وَإِنِ امْتَنَعَ نَقْلُهُ عَنِ الْوَقْفِيَّةِ ...

تصور كلامه ظاهر ، وما ذكره من أن عين الوقف ملك هو المذهب ، نص عليه الباجي[1] وغيره ،ويستحسن للواقف أو ورثته تمكين غير الواقف من البناء إذا كان وقفا على وجه من وجوه الخير وأراد الباقي إلحاق بنائه بالوقف ، لأن ذلك من باب التعاون على الخير ، قوله وإن امتنع .

---

(١) « المنتقى » (٨/ ٣٢) .

قَالَ مَـالِكٌ : وَمَنْ حَبَّسَ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْـقَابِهِمْ فَلِلْمُـتَوَلِّي تَفْضِـيلُ أَهْلِ الْحَاجَةِ وَالْعِـيَالِ وَالزَّمَانَةِ فِي السُّكْنَى وَالْغَلَّةِ بِاجْتِهَادِهِ ...

أي : باجتهاد المتولي ، ومـا ذكره المصنف نص صاحب «البيان»(١) على أنه المشـهور ، قال: وقال ابن القاسم : لا يفضل ذو الحاجة على الغني في الحبس إلا بشرط من المحبس، قال: وفرق ابن نافع بين السكـنى والغلة فسوى في السكنى الغني والفقـير بخلاف الغلة ، وعلى الأول روى ابن القاسم : من حبس على الفقراء وفي سبيل الله وابن السبيل وللغرباء وفي قرابته غني فلا يعطى منه ، ولكن ذو الحاجة .

وفي «المجموعة» : من حبس على قوم وأعقابهم ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغني شيئاً ويعطى منه المسـرد بقدر حـاله ، فإن كـان للأغنيـاء أولاد كبـار فقـراء بلغوا أعطوا بقـدر حاجتهم.

الباجي(٢) : يريد والمسرد الذي له كفاية وربما ضاقت حاله بكثرة عياله ، وإذا تساووا في الفقر والـغني أوثر الأقرب وأعطي الفضل من يليه ، وإن اخـتلفوا أوثر الفقـير ، ذكره ابن عبدوس .

البـاجي(٣) : وهو إذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر ولا يفضل على فقرائهم بشيء وإن فضل عن فقرائهم شيء صرف إلى الأغنياء ، وقاله ابن القاسم .

وَأَمَّا عَلَى وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ كَذَلِكَ ، وَقِيلَ : الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ سَوَاءٌ

أي : كمن حبس على قوم وأعقـابهم ، وهو لمالك في «المجموعة» ، والقول بأن الغني والفقير سواء لعبـد الملك ، قال : لأنه تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الغني والمحتاج فلا يفضل أحدهما على الآخر إلا بنص على ذلك .

أَمَّا إِنْ عَيَّنَهُمْ سُوِّيَ بَيْنَهُمْ

إذا لم يكن الحبس معقـباً وكان على معينين كهؤلاء العشـرة فإنه يقسم بينهم بالسواء ، واعترضه **ابن عبد السلام** بأنه أسقط الفاء من جواب أما وهو غير جائز .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢١٢) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٣٧) .

(٣) « المنتقى » (٨/ ٣٧) .

وأجيب بأنه اختلف إذا وقعت إن بعد أما هل الجواب لـ (أَمَّا) وهو مذهب سيبويه أو لـ (إِنَّ) وهو مذهب الفارسي ، أولهما ؛ فعلى مذهب الفارسي يكون الجواب لـ (إِنَّ) والماضي إذا وقع جواباً لا يحتاج فيه إلى الفاء والفاء محذوفة مع قول محذوف ؛ أي : فقالوا: سوى بينهم على حد قوله تعالى : ﴿ فَأَمَّا الَّذِينَ اسْوَدَّتْ وُجُوهُهُمْ أَكَفَرْتُم ﴾ [آل عمران:١٠٦] أي : فيقال لهم : أكفرتم .

وَمَوَالِه مِثْلُهُ

يعني : بالمثلية التعيين وعدمه .

وَلا يَخْرُجُ السَّاكِنُ لِغَيْرِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيا

يعني : إذا سكن بعض المحبس عليهم لاحتياجه ، ثم استغنى فإنه لا يخرج لغيره إلا أن يكون الواقف شرط ذلك وكان الأصل أن يخرج ، ولعل ما ذكره المصنف وغيره إنما هو لأن عودته إلى حالته الأولى لا تؤمن .

قوله : (**وَلا يَخْرُجُ السَّاكِنُ لِغَيْرِهِ**) قال في «الجواهر»(١) : وإن كان الغير محتاجاً ولم يكن في الدار سعة ، وهذا إنما إذا سكن باستحقاق ، وأما لو بادر أحدهم إلى السكنى فليس له بابتداره ولكن ينظر الإمام أحوجهم وأقربهم ، قاله ابن كنانة .

ابن القاسم : وإن تساووا في الغناء أو الحاجة فمن سافر فهو أحق بالسكنى وليس على العدد ولكن بقدر العيال ، فليس العزب كالمعيل .

ابن القاسم ومحمد : وإن كان بعضهم حاضراً فهو أولى بالسكنى من الغائب إذا لم يكن على الحاضر فضل ، بخلاف الغلة فإنها تقسم بين الحاضر والغائب بل المحتاج الغائب أولى من الغني الحاضر ثم لا يسقط حق الساكن بسفره إلا أن يسافر سفر انقطاع لبعض ما يعرض للناس كان له أن يكري مسكنه إلى أن يعود ، نقله الباجي وغيره .

وجعل في «البيان»(٢) السفر البعيد يشبه سفر الانقطاع في انقطاع حقه ، ثم أشار في آخر كلامه أنه إذا جهلت حالته أن ظاهر قول مالك في رواية علي أن غيبته محمولة على

---

(١) « الجواهر » (٣/١٠٣) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٢/٢١٥) .

الانقطاع والمقـام حتى يتـبين خلاف ذلك ، وعلى ظاهر قـول ابن القاسم مـحمـولة على الرجوع وعدم الانقطاع حتى يتبين خلافه .

ومن كان يسكن من أهل الحبس مع ابنه فباع فـإن كان قوياً يمكنه الانفراد فله مسكنه من الحبس ، وإن لم يتزوج وضـاق عليه مسكن أبيه ، فأما من ضـعف عن الانفراد فلا يسكن إلا أن يتزوج فيكون له حـقه في السكنى ، وأما الإناث فلا سكنـى لهن في كفالة الأب ، قاله عبد الملك في «المجموعة» .

ومَنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لا يُحَاطُ بِهِمْ فَقَدْ عُلِمَ حَمْلُهُ عَلَى الاجْتِهَادِ

يعني : أن من وقف على من لا يحاط بعدده كالفقراء والغزاة فبالضرورة يقسم على من حضـر منهم على الاجتهـاد ؛ لأن العادة دلت على أن المراد من الواقف إن فـارق المحبس عليهم وسد خلتهم .

وَمَنْ خَصَّ مُعَيَّنا مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ بِشَيْءٍ بُدِئَ بِهِ

لا يريد بالمعين خصوصية الشخص كـزيد بل أعم من ذلك ، كما لو حبس على الفقراء وخص من له عيال منهم فليبدأ بالمسمى ، ولابن القاسم في «العتبية»[1] : إلا أن يعمل في ذلك عامل فيكون أولى بحقه .

ابن القاسم : وكذلك في غلة المبذور .

(١) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٢١٠) .

كتاب الهبة

الْهِبَةُ أَرْكَانُها ثَلاثَةٌ

الهـبـة مصدر وهبت له شـيئاً وهباً ووهباناً بالتحـريك وهبة ، والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ، **والاتهاب** : قبول الهبة ، **والاستيهاب** : سؤال الهبة ، وتواهب القوم إذا وهب بعضهم لبعض ، ورجل وهاب ووهابة كثير الهبة ؛ لأن الهاء للمبالغة .

صاحب المحكم : ولا يقال وهبك ، هذا قول سيبويه ، وحكى السيرافي عن أبي عمرو أنه سمع أعرابياً يقول للآخر : انطلق معي أهبك نفلاً .

اللخـمي وغيـره : وهو نقل الملك بغير عـوض ، وأحكام الهبة والصدقة متـفقة إلا في أمرين :

أولها : منع الاعتصار في الصدقات .

وثانيهما : كراهة اشترائها بخلاف الهبة فيهما .

قـال في «المقدمـات»(١): إلا أن تكون الصـدقة على الابن فعن مـالك في ذلك ثلاث روايات:

أولاهـــا : أن الرجوع فيها لا يـجوز إلا من ضرورة مثل أن تكون أمة فيتبـعها نفسه أو يحتاج فيأخذ [لحاجته](٢) ، وهو ظاهر ما في «المدونة» .

ثانيـتـهـا : أن الرجوع فـيها بالبـيع والهبة يجـوز [وإن لم تكن ضرورة ، ولا يكون له الاعتصار ، وهو قول مالك في «كتاب ابن المواز»، واختيار محمد.

والثالثة : أن الرجوع فيها بالبيع والهبة يجوز](٣) وأن الاعتصار يكون له ، وهو قول مالك في سـماع عيـسى ؛ لأنه أجاز أن يأكل ما تصـدق به على ابنه الصغـير ، وذلك لا يكون إلا بمعنى الاعتصار وهو لا إذن له، ولا خلاف في شرعيتها .

الصِّيغَةُ وَشِبْهُهَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ فِي الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ

الركن الأول : (**الصيغة**) وهو لفظ الهبة وما تصرف منها وشبهها ، (**قَوْلٍ**) كأعطيتك ،

---

(١) « المقدمات » (٢/ ٩٥) .

(٢) في ط : حاجة .

(٣) سقط من ط .

أو بذلت لك ، **(أَوْ فِعْلٍ)** به كالبيع .

وقوله: **(فِي الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ)** أي: التمليك من قبل الواهب والقبول من جهة الآخر.

ابن عبـد السلام : ولا ينتقض ما قاله المصنف في الفـعل بها ، في كتاب ابن مزين في رجل قال لولده : اجعل في هذا الموضع كرماً أو حيواناً أو ابْنِ فيه داراً ، ففعل الابن ذلك في حيــاة أبيه ، والأب يقول : كـرم ابني وجنان ابني ، أن القاعة لا تسـتحق بذلك وهي موروثة وليس للابن إلا قيمة عمله منقوضاً ، قال : وقول الرجل في شيء يعرف له : هذا كرم ولدي أو دابة ولدي ، ليس له شيء ولا يستـحق منه الابن شيئاً إلا بالإشهـاد بهبة أو صدقة أو بيع صغيراً كان أو كثـيراً ، وكذلك المرأة فإنا نقول : ليس كل فعل يدل على نقل الملك ، فلا يلزم من كون الفعل غير دال في هذا الموضع على نقل ملك الرقبة إلا أن يكون دالاً في غيـره ، وأيضاً فـإنه دل على نقل تلك المنفعـة زماناً حتـى إن الأب لو طلب كراء أرضه في المدة التي انتفع بها الابن لم يكن له ذلك .

وَمِثْلُهَا : الْعُمْرَى كَـقَوْله : أَعْمَرْتُكَ دَارِي أَوْ ضَيْعَتِي وَهِيَ هِبَةُ الْمَنْفَعَـةِ حَيَاتَهُ فَإِذَا مَاتَ رَجَعَتْ لِلْوَاهِبِ أَوْ لِوَرَثَتِه كَوَقْفٍ غَيْرِ مُؤَبَّدٍ ...

هي بضم العين ،وسكون الميم مقصور .

الجوهري[1]: أعمرته داراً أو أرضاً أو إبلاً إذا أعطيته إياها ، وقلت : هي لك عمري أو عمرك فإذا مت رجعت إلي ، قال لبيد :

وما المال إلا معمرات ودائع

والاسم العمرى.

وقوله : **(وَمِثْلُهَا)** أي : في أن أركانها ثلاثة وأنها تنعقد بالصيغة كـ **(أَعْمَرْتُكَ)** وشبهها من قول كـ «أسكنتك داري مدة حياتك»، أو فعل يدل على ذلك .

وقـوله : **(وَهِيَ هِبَةُ الْمَنْـفَعَةِ حَـيَاتَهُ)** استدلال على ما ذكـره من المماثلة كأنه يقول : العمرى كحقيقة الهبة فوجـب استواؤهما في الحكم ؛ لأن العمرى هبة المنافع ، والهبة هبة الذوات وذلك وصف طردي .

ثم في قوله : **(وَهِيَ هِبَةُ الْمَنْفَعَةِ حَيَاتَهُ)** فائدة أخرى وذلك ؛ لأنه لما قال : **(كَقَوْلِه :**

---

(١) « الصحاح » (١/٤٩٦) .

أَعْمَرْتُكَ دَارِي أَوْ ضَيْعَتِي) خاف أن يتوهم قصرها على العقار فعرَّفها بما يعم العقار وغيره، فقد روى ابن القاسم عن مالك في باب العارية جواز العمرى في الرقيق والحيوان قال : ولم أسمع من مالك في الثياب شيئاً ، وهي عندي على ما أعارها من الشرط ، وكذلك نص على أن الحلي عنده كذلك في باب الهبة .

قوله : (**حَيَاتَهُ**) أي : حياة الآخذ ؛ فإذا مات المعمَر بفتح الميم اسم مفعول رجعت إلى ربها أو لورثته إن مات ، ولا فرق في المذهب بين أن تكون معقبة كـ (**أَعْمَرْتُكَ**) أم لا .

وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما : لا تعود لربها وهي للمعمر أعقبها أم لا ، وقال ابن شهاب : مذهبنا : إن لم يعقبها ، وبالثاني إن أعقبها لما رواه وغيره عنه عليه السلام أنه قال : «**أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها**»(١) ، هذا لأنه أعطاها إعطاء أوقعت فيه للمواريث ، وجوابه ما قال مالك بإثره : إن العمل ليس عليه وإن المسلمين عند شروطهم ، على أن بعض أصحابنا أوَّل الحديث وقال : المراد به أنه أعطى المنافع لرجل وعقبه فإنه لا تكون له ولعقبه ، ولا يبطل حق عقبه بموته بل حتى ينقرض العقب .

خليل : وقول مالك في «الموطأ»: «ليس العمل على هذا» يقتضي أنه فهمه على خلاف هذا التأويل .

صاحب «الاستذكار»(٢) : وسواء عند مالك وأصحابه ذكر ذلك بلفظ العمرى أو السكنى أو الاستغلال أو الإقفار أو الإخبال ونحو ذلك من العطايا .

وَالرُّقْبَى غَيْرُ جَائِزَةٍ مِثْلُ : إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَدَارِي لَكَ ، فَإِنْ مِتَّ قَبْلِي فَدَارُكَ لِي

هو بضم الراء وسكون القاف مقصور ، وهي : إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمراً وهي المراقبة والانتظار ؛ لأن كلاًّ منهما يرقب موت صاحبه .

وقوله : (**غَيْرُ جَائِزَةٍ**) هو قول ابن القاسم ؛ لأنه قال في رجلين حبَّسا داراً بينهما على أن من مات منهما أولاً فنصيبه حبس على الآخر : لا خير فيه ؛ لأنه غرر لأنهما خرجا عن وجه المعروف إلى المخاطرة .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « الاستذكار » (٧/ ٢٣٨) .

اللخمي : ويختلف في ذلك إذا نزل فعلى القول: إن مرجع الحبس إذا كان على معين يعود ملكاً فيبطل هذا الحبس ويصنعان بالدار ما أحبا ، وعلى القول بأنه يرجع حبساً يبطل السكنى خاصة وتكون ملكاً لهما حتى يموت آخرهما فتكون على مراجع الأحباس في «المدونة» بإثر ما تقدم ، وسألته عن العبد بينهما يحبسانه على أن من مات منهما أولاً فنصيبه يخدم آخرهما موتاً مدة حياته ، ثم يكون العبد حراً بعده فلم يجزه مالك ، إلا أنه ألزمهما العتق بعد موتهما .

وإن مات منهما يحرم ورثته دون صاحبه ويبطل ما أوصى به في الخدمة ؛ لأنه خطر ، وإذا مات أحدهما كان نصيب كل واحد حراً من ثلثه كمن قال : إذا مت فعبدي يخدم فلاناً حياته ثم هو حر .

واستشكل جمعه بين إلزامه العتق وخروجه من الثلث ؛ لأنه إن كان معتقاً إلى أجل يخرج من رأس المال ، وإن كان موصى به فلا يلزمه العتق لكونه له الرجوع عنه ، وأجيب بأنه كالمدبر وفيه نظر ، فإن أصله في مثل هذا أنه لا يكون مدبراً حتى يقصد به التدبير ، وإن لم يقصد به ذلك فهو موصى بعتقه على ما قاله في أول كتاب المحجور ، قالوا : على وجه التتميم ، فإن مات الأول نظر فإن حمل الثلث نصيبه خدم الورثة بقيمة الأجل ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا منه محمل الثلث بتلاً .

الثَّانِي : الْمَوْهُوبُ : كُلُّ مَمْلُوكٍ يَقْبَلُ النَّقْلَ

أي الركن الثاني ، واحترز بقبول النقل من أم الولد والاستمتاع بالزوجة ، فإن ذلك لا يقبل النقل شرعاً ، واعترض بأنه تجوز هبة ما لا يجوز نقل الملك فيه كجلد الأضحية وكلب الصيد .

وجوابه أن جلد الأضحية قابل النقل وإنما الممتنع نقله على وجه خاص أعني بالبيع ، وظاهر قول ابن شعبان بطلان هبة جلد الأضحية ونحوها ؛ لأنه قال : من وهب ما لا يحل بيعه بطلت الهبة كانت لثواب أو غير ثواب .

فَتَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ وَالآبِقِ وَالْكَلْبِ وَالْمَرْهُونِ

هكذا في بعض النسخ ، وفي بعضها بالواو وبالفاء أحسن .

وقوله : (**الْمَجْهُولِ**) هو المعروف من المذهب وهو ظاهر «المدونة» وغيرها .

وفي «النوادر»[١] : أعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة، نقل المتيطي عن جماعة من الموثقين : الآبق من معرفة المتصدق به وقدره .

واستحب اللخمي ألا يفعل إلا بعد المعرفة بقوله وهبته خوف الندم بعد معرفته به ، قال: واختلف إن فعل ثم تبين أنه على خلاف ما كان يظن ، فقال ابن القاسم في «العتبية» فيمن تصدق بميراثه من رجل ثم تبين أنه خلاف ذلك: إن له أن يرد عطيته ، وكذلك في «الواضحة» .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا رجوع له وأرى له مقالاً بردِّ الجميع تارة من غير شركة، وتارة يكون شريكاً ، فإن كان الوارث يرى أن للموروث داراً يعرفها في ملكه وبدلها الميت في غيبته بأفضل كان له أن يرد جميع العطية إذا قال : كان قصده تلك الدار، وإن خلف مالاً حاضراً ثم طرأ مال لم يعلم به مضت العطية فيما علم خاصة ، وإن كان جميع ماله حاضراً أو كان يرى أن قدره كذا ثم تبين أنه أكثر كان شريكاً بالزائد .

ابن عبد السلام : ولا خلاف في جواز هبة الكلب ؛ لأنه يورث .

وقوله : (وَالْمَرْهُونِ) تصوره ظاهر ، ثم فرع على ذلك فقال :

وَيُخَيَّرُ الْمُرْتَهِنُ فِي إِمْضَائِهَا ؛ فَإِنْ لَمْ يُمْضِ فَفِي جَبْرِهِ عَلَى افْتِكَاكِهِ مُعَجَّلاً إِنْ كَانَ لا يَجْهَلُ أَنَّ الْهِبَةَ لا تَتِمُّ إِلا بِتَعْجِيلِهِ - قَوْلانِ ، وَعَلَى النَّفْيِ يَحْلِفُ مَا قَصَدَ التَّعْجِيلَ ، وَيَقْضِي فِي الأَجَلِ إِنْ كَانَ مُوسِراً وَيَأْخُذُهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ...

إذا وهب الراهن ما رهنه خير المرتهن في إمضاء الهبة وعدم إمضائها ، فإن أمضى فلا كلام ولوضوحه تركه المصنف ، وإن لم يمضها ففي إجبار الواهب على افتكاك المرهون معجلاً إن كان الواهب لا يجهل أن الهبة لا تتم إلا بتعجيل الدين قولان ، مذهب «المدونة» الإجبار .

اللخمي : وقد قيل في هذا الأصل : ليس عليه أن يعجل ، وهذا هو الذي فرعه المصنف على نفي إجبار حيث قال : وعلى النفي يحلف ما قصد التعجيل ، وكلام اللخمي يدل على أن هذا القول ليس نصا في عين المسألة خلاف المصنف وابن شاس .

---

(١) « النوادر والزيادات » (١٢/ ٢٢٧) .

ومفهوم قوله : (**إِنْ كَانَ لا يَجْهَلُ**) أنه إن كان يجهل لم يجبر وهو ظاهر ؛ لأنه لا يمين عليه ؛ لأنه إنما جعل اليمين على القول بنفي الإجبار .

ويحتمل أن يقدر قوله : (**وَعَلَى النَّفْيِ**) أي : وعلى الحكم بنفي الجبر ، فيدخل في كلامه من يجهل ومن لا يجهل على أحد القولين ، وقد نص اللخمي وابن شاس[١] على أنه إن كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك ولا يجبر على تعجيل اتفاقاً .

وظاهر قوله : (**فَفِي جَبْرِ الْوَاهِبِ**) أنه إن رضي بالتعجيل وأجبر عليه فلا مقال للمرتهن، وقيده بعض القرويين بما إذا لم يكن الدين عروضاً مؤجلة ، وأما إن كان عروضاً مؤجلة فلا يجبر المرتهن على أخذها ويبقى العبد ونحوه رهناً وليس له أن يعطيه رهنا آخر .

وقوله : (**وَيَقْضِي فِي الأَجَلِ**) هو مفرع على عدم إجباره ، وبقي الرهن في يد المرتهن فإنه إذا حل الأجل والواهب موسر قضى الدين وأخذ الموهوب له الرهن ، ثم ما ذكره المصنف إنما هو كله إذا كان المرتهن قد قبض الرهن ، وأما إن لم يكن قبضه وقبضه الموهوب له فقال ابن المواز : هو أحق به من المرتهن إذا كان الواهب موسراً ولا يعجل للمرتهن حقه ؛ لأنه فرط في حيازته ، وإن كان معسراً فالمرتهن أولى به إلا أن يكون وهبه لثواب ، وإن وهبه ثم مات قبل أن يحوزه واحد منهما فإن كان موسراً جازت الهبة وكان أحق به من المرتهن وحكم للمرتهن بتعجيل حقه ، وإن أعسر بعد ذلك أتبعه بحقه .

وقوله : (**فَفِي جَبْرٍ**) صوابه إجبار ؛ لأنه من أجبر .

وَتَصِحُّ هِبَةُ الدَّيْنِ ، وَقَبْضُهُ كَقَبْضِهِ فِي الرَّهْنِ مَعَ إِعْلامِ الْمِدْيَانِ بِالْهِبَةِ

يعني : وسواء كان الدين أو غيره ؛ لأن الدين عام ، فإن قيل : قوله : (**وَقَبْضُهُ كَقَبْضِهِ فِي الرَّهْنِ... إلخ**) يدل على أنه لم يرد ذلك إلا إذا كان على غير المديان ، قيل : تخصيص الضمير لا يقتضي تخصيص الظاهر على الصحيح ، وقد سمع إعلام المديان زيادة بيان ؛ لأن قوله : (**كَقَبْضِ الرَّهْنِ**) يغنى عنه ، ألا ترى أنه قال في كتاب الرهن : (**وَقَبْضُ الدَّيْنِ بِالإِشْهَادِ وَالْجَمْعِ بَيْنَ الْغَرِيمَيْنِ إِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ**) ثم إن إعلام المديان إنما هو مع حضوره ، وأما إن كان غائباً ففي «المدونة»[٢] : ويصح القبض إذا أشهد وقبض ذكر الحق ، وهكذا تقبض الديون .

---

(١) « الجواهر » (٢/ ٧٨٨) .

(٢) « المدونة » (١٥/ ١٢٦) .

ولم يتعرض المصنف لدفع الوثيقة ، وفي «المدونة»[١] في الهبة : وإن كان دينه على غيرك [فوهبه][٢]لك فإن أشهد وجمع بينك وبين غريمه ودفع إليك ذكر الحق وأحالك عليه كان ذلك قبضاً ، وحمله صاحب «النكت»[٣] على ظاهره من أنه إذا لم يدفع ذكر الحق لا تتم الهبة بموت الواهب كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفتاحها حتى مات الواهب أنه لا يصلح للموهوب له شيء ، وإن أشهد له وجعل دفع الوثيقة في «وثائق ابن العطار» من شروط الكمال .

وظاهر قول المصنف : (مَعَ إِعْلَامِ الْمِدْيَانِ بِالْهِبَةِ) وقوله في «المدونة» : «وجمع بينه وبين غريمه» أن ذلك شرط ويجب أن يجعل ذلك على أنه شرط كمال ؛ لأنه قد حكى في «البيان»[٤] في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه ، فقال : ولا خلاف في أن الذي عليه الحق حائز لمن تصدق عليه به إن لم يعلم المتصدق عليه غائباً أو حاضراً .

الثَّالِثُ الْوَاهِبُ : مَنْ لَهُ التَّبَرُّعُ

أي الركن الثالث : الواهب ، قوله : (مَنْ لَهُ التَّبَرُّعُ) وهي إخراج المال من غير عوض؛ أي من لم يحجر عليه ، وقد تقدم بيان المحجور عليهم في باب الحجر .

وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمَرِيضِ مِنْ ثُلُثِهِ

ظاهر

وَشَرْطُ اسْتِقْرَارِهَا لا لُزُومِهَا الْحَوْزُ كَالصَّدَقَةِ

هذا هو المعروف أن الهبة والصدقة يلزمان بالقول ولا يتمان إلا بالقبض .

قوله : (كَالصَّدَقَةِ) تشبيه لإفادة الحكم ، وروي عن مالك أنها تلزم بالقول وللواهب الرجوع فيها ، وإنما تلزم بالقبض ، وحكى أبو تمام أن الصدقة والحبس يتمان بالقول ولا يُفْتَقر إلى حيازة .

وعلى الأول فقال ابن القاسم : يقضى عليه بإخراج الصدقة مطلقاً .

(١) « المدونة » (١٥/١٢٦) .

(٢) في ط : بوهبه .

(٣) « النكت والفروق » (٢/٢٦٥) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٣/٤٤٧) .

قال أشهب : لا يجبـر على إخراجها إلا إذا كانت الصدقة على معين يلـي خصومته ، ودليل اللزوم بمجـرد القول أن هذا عقـد هبة حـصل بالإيجاب والقبـول والإشارة يحـتمل عودها على قوله : (**وَشَرْطُ اسْتِقْرَارِهَا**) ويحتمل أن تعود إلى قوله : (**إِلا فِي صَدَقَةِ أَبٍ**) وكلاهما صـحيح على قول ابن القاسم وأشهب في افـتقار الهبة إلى القبـول وعدمه ، فلم يكن له رده قياساً على البيع ولقوله أو جواباً لعقده ، ولما في الصحيح : «**العائد في هبـته كـالكلب يعود في قـيئـه**»(١) ، فشـبه الراجع بالكلب والمرجوع عنـه بالقيء ، وذلك غاية التنفير المقتضي للمنع .

إِلا فِي صَدَقَةِ أَبٍ عَلَى صَغِيرٍ وَعَلَى ذَلِكَ عُلَمَاءُ الْمَدِينَةِ

هذا الاستثناء من شـرط الاستقرار ؛ أي إلا في صـدقة أب على صغير فـلا يشترط في استقرار صدقته أو هبته الحوز ؛ ولو قال : إلا في عطيته ليشمل الهبة وغيرها لكان أحسن، وتخصيـصه الصغيـر والأب ليس بظاهر ؛ لأنَّ السَّفيه فـي هذا كالصَّغير والـوصي ومقدم القاضي سـيان كالأب ، إلا أن يقـال : إنما خصصـهما ؛ لأنه مـحل الدليل أعني موافـقة علماء المدينة ، فمن ذلك قـول عثمان : «من نحل ولداً له صغيـراً لم يبلغ أن يحوز نحلته فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة»(٢) .

وفي «الواضحة» نحوه عن الخلفاء الأربعة وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم .

ابن عبـد السلام وغـيره : واستثناؤه يوهم أن الحيازة تسـقط في عطية الأب ابنه الصغير وليس كذلك ، وإنما الذي اخـتص به الأب ومن يتنزل منزلته في حقّ الصَّـغير والسَّفـيه أن يكون حائزاً لما وهب لهما ، فيقـال في الإشهاد : رفع يد الملك ووضع يد الحوز ، وألحقوا الأب بالأجنبي في سكناه وما يلبسـه فشرطوا معاينة الشهود لـلدار خالية من شواغل الأب ولحوز الملبوس .

ونقل أبو محمد صالح الاتفاق على أنه إذا أشهد الأب على هبته لولده ولم يزيدوا على قوله : اشـهدوا أني وهبت له كـذا - فهي حيـازة ، وهذا فيمـا يعرف بعـينه من الأصول والعروض ، واختلف فيما لا يعرف بعينه كالذهب والفضة واللؤلؤ والمكيلات والموزونات ؛

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٤١) ومسلم (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب - رضي الله عنه .
(٢) أخرجه مالك (١٤٦١) والبيهقي في « الكبرى» (١١٧٣٢) .

فروى ابن القاسم عن مالك وبه أخذ المصريون وغيرهم : أنه لا يتم الحوز ولو ختم عليه بحضرة الشهود إلا أن يجعل على يد غيره ، وذهب المدنيون إلى أنه يتم الحوز فيها بوضعها على يديه إذا أحضرها بحضرة الشهود وختم عليها بخاتمه ، قالوا : وتصح أيضاً وإن لم يختمها بحضرة الشهود ولو ختموا عليها كان خيراً وأحسن .

وروي أيضاً عن مالك وقريب منه في «الموطأ» : أنه يجوز إذا أبرزه وإن لم يخرجه من يده ، قيل : وبالأول جرى العمل وهو مذهب «الرسالة»[1] لقوله : وإنما يجوز له ما يعرف بعينه .

وَتُحَازُ بِإِذْنِه وَبِغَيْرِ إِذْنِه ، وَيُجْبَرُ عَلَيْه

الضمير في (**تُحَازُ**) عائد على الهبة ، وفي (**بِإِذْنِه وَبِغَيْرِ إِذْنِه**) يعود على الواهب ، وقوله : (**وَيُجْبَرُ عَلَيْه**) أي : الواهب على الحوز إذا أباه، وهذا على أنها لازمة بالقول وهو المشهور من المذهب على ما تقدم .

وفي «المدونة» و«الموازية» مثل ما ذكره المصنف ، وإذا فرَّعنا على المشهور: اختلف المذهب في حيازة الرهن هل يشترط فيها إذن الراهن ؟ واختلف في اشتراط أمر الأخذ في حيازة الهبة إذا حازها له غيره ، فقال مطرف في من تصدق على ابنته ـ وهي ذات زوج ـ بمسكن فخزن الزوج فيه طعاما حتى مات الأب : إن ذلك حيازة للبنت .

وقال أصبغ : لا يكون حيازة إلا أن توكله ، ورواه ابن القاسم في الذي يتصدق على رجل غير سفيه بدراهم وجعلها على يد غيره وهو حاضر أنها حيازة إذا لم يشترط على المدفوع إليه ألا يدفعها إلا بأمره ، ولا خلاف أنه إذا اشترط ألا يدفعها إلا بأمره أنها لا تمضي كما لا خلاف إذا قال له : خذها له ، أو ادفعها له ، وقال الموهوب : أمسكها عندك أنها تمضي .

واختلف إذا لم يقل : ادفعها ، ولا : أمسكها ، ولو شرط إمساكها حتى يموت الواهب فلا خلاف أنها وصية ماضية من الثلث ، وقاله محمد .

وَيُشْتَرَطُ حُصُولُهُ فِي صِحَّةِ جِسْمِه وَعَقْلِه وَقِيَامِ وَجْهِه

أي : يشترط في تمام الهبة حصول الحوز في صحة جسم الواهب وعقله وقيام وجهه ،

---

(١) الرسالة (ص / ١١٨) .

واحترز بصحة الجسم من مرض الموت لما في «الموطأ» أن أبا بكر رضي الله عنه نحل ابنته أحداً وعشرين وسقاً ، فلما حضرته الوفاة فقال : «والله يا ابنتي ما من الناس أحب إليَّ غنًى بعدي منك ، ولا أعز عليَّ فقراً منك ، وإنه كنتُ نحلتك بواحد وعشرين وسقاً ، فلو كنت جردتيه واحتزتيه لكان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هم أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله»[١] .

واحترز بصحة عقله مما لو جن الواهب قبل الحوز توقف ، فإن صح الواهب لزمت وإن اتصل ذلك بالموت بطلت كما سيأتي من كلام المصنف ، والمراد بقيام الوجه : ألا يفلس .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامهم في غير هذا الموضع أن قيام الوجه هو السلامة من التفليس بالحكم من قيام الغرماء بدين إن أحاط دينهم بمال الغريم ولو لم يحكم القاضي بفلسه ، وأما هذا الموضع فإحاطة الدين بمال الواهب مانعة من الحيازة ، فقد نص الباجي[٢] على أنها لو حيزت وقد كان تداين ديناً يحيط بماله قبل العطية أنها لا تحاز ؛ لأنه ليس له أن يعطي ملك غيره .

أصبغ في «العتبية»[٣] : وإن كانت قيمة الموهوب أكثر من قيمة الدين أن يبيع جميعه وإن بيع بقدر الدين قصر عنه فإنه يباع جميعه فيقضى منه الدين ويعطى ما بقي للواهب ولا شيء للموهوب له ، كما لو استحقه مستحق ؛ لأن الغرماء استحقوه من يده ، وأما إن أداه بعد العطية وقبل الحيازة فقال مطرف وابن الماجشون : الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة فاعتبر يوم الحيازة .

وقال أصبغ : الصدقة أولى من الدين المستحدث وإن لم تقبض ، وإنما يراعى يوم الصدقة لا يوم الحيازة .

الباجي[٤] : وإذا قلنا بمراعاة ، فقال أصبغ : إذا تقدم الدين وقد كان له وفاء يوم الصدقة أو بعده فالصدقة المقبوضة أولى ، وإن كان الأب حازها لولده الصغير حتى يعرف خلاف ذلك ، كما لو استغل ما تصدق به عليهم ، ولم يدر استغل لنفسه أو لهم فالصدقة ماضية حتى يعلم أنه إنما كان استغلها لنفسه دونهم .

---

(١) أخرجه مالك (١٤٣٨) وعبد الرزاق (١٦٥٠٧) .

(٢) « المنتقى » (٨/٨) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٢/ ٤٦٣) .

(٤) « المنتقى » (٨/٨) .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في الصدقة المقبوضة لا يدري هل الدين قبلها أو بعدها : الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين قبل ، ونحوه في «المدونة»[١] .

وَالْعَارِيَّةُ وَالْقَرْضُ كَالْهِبَةِ فِي الْحَوْزِ

يريد : وكل معروف كالعارية والمنحة والعمرى والسكنى والحبس .

ابن عبد السلام : واختلف في الكفالة ، والمشهور أنها لا تفتقر إلى حيازة .

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَهُ وَهُوَ جَادٌّ فِيهِ أَوْ سَاعٍ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الْهِبَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : حَوْزٌ وَصَحَّتْ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : بَطَلَتْ ...

أي : مات الواهب قبل الحوز والموهوب له جاد فيه أي في القبض أو في الطلب المفهوم من السياق والموهوب له ساعٍ في تزكية شهود الهبة لكون الواهب أنكره ، فقال ابن القاسم في «المدونة»[٢] و «الموازية» : هي تامة ويقضى بها للموهوب ، واستشهد بالمفلس إذا خاطبه الرجل في غير سلعته ثم مات المفلس : أن ربها أحق بها إن ثبت ببينة .

ابن المواز : وليس له إيقافها إلا في البينة القريبة مثل الساعة ، وأما ببينة بعيدة فلا يحال بينه وبين ربها إلا بشاهد .

وقوله: (**حَوْزٌ وَصَحَّتْ**) ويستغنى بأحدهما عن الآخر، وقال ابن الماجشون: وتبطل الهبة، ورأى أن غاية البينة أن يكون كإقرار الواهب ، ولو أقر له ومات قبل القبض بطلت .

وقال أشهب : إذا حال القاضي بينه وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها فليقضِ بما ثبت عنده فيها ، كما كان يقضي في حياته وإن لم يمنع منها المعطى ولم يطلبها فهي باطلة .

ابن راشد : وينبغي إذا لم يعلم بالهبة - فلمّا مات الواهب دفع له عقد الهبة وعلم ذلك- ألا تبطل ، وقد وقعت بتونس ووقع فيها اضطراب ، ووجدت في الطراز أنه معذور بعدم علمه وهو الصواب ، والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٣٦٠) .

(٢) « المدونة » (١٤/ ٣٧٩) .

فَإِنْ مَرِضَ أَوْ جُنَّ بَطَلَ الْقَبْضُ إِنِ اتَّصَلا بِالْمَوْتِ فَإِنْ صَحَّ فَلَهُ الطَّلَبُ الأَوَّلُ

هو ظاهر التصور ولا إشكال في المرض ، وأما المجنون فوقع لابن القاسم في «العتبية»[١] في امرأة تصدقت على رجل بعبد أو دين فلم يحز عنها حتى ذهب عقلها أنه كالموت والتفليس .

الباجي[٢] : يريد : فتكون موقوفة فإن برئت فهي على صدقتها ، وإن اتصل ذلك بموته بطلت فهذا الحق ما ذكره المصنف .

ابن عبد السلام : وهذا إنما ينبني على الشاذ في أن الهبة لا تلزم بالقول ، وأما على المشهور أنها تلزم بالقول بمقتضى القياس كون دفعها للموهوب له ، والفرق بين ذهاب العقل وبين المرض والدين أن الحق في ذهاب العقل للواهب ، وقد أسقط بالتزامه ، والحق في المرض والدين لغير الواهب وهو الوارث والغريم ، انتهى ، فكأنهم يرون أن الجنون مرض .

وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ قَبَضَ فِيهِمَا فَثَالِثُهُمَا : وَصِيَّةٌ وَلا أَرَى قَوْلَ مَنْ جَعَلَهَا وَصِيَّةً وَلا قَوْلَ مَنْ أَبْطَلَهَا ...

(فيهمَا) أي : في المرض والجنون ، وأعاد الضمير عليهما ؛ لأنهما يفهمان من **(مَرِضَ أَوْ جُنَّ)** .

قوله : **(وَقَالَ أَشْهَبُ)** هو معطوف على ما تقدم ؛ وذلك لأنه قدم أن المرض يبطل القبض ، ثم قال : **(وَقَالَ أَشْهَبُ)** فكأنه يقول : المشهور أنه إذا مرض بطلت الهبة وإن قبض في المرض ؛ وهو صحيح ، وقد نقل الباجي[٣] أن ابن القاسم روى عن مالك أنه إذا قبض في المرض لا يجوز وإن كانت من غير وارث ، قال : واحتج بحديث أبي بكر رضي الله عنه ثم ذكر قول أشهب ، وقوله في «الموازية» قال : يقضي له الآن بثلثها فإن صح قضى له بباقيها ، ولا أرى قول من قال : تجوز كلها من الثلث ، ولا قول من أبطلها .

ابن المواز : وأظن جوابه يعني أنه لم يراعِ غيرها فلذلك قال : ثلثها ، ونقل عن أشهب

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/ ٤٤٥) .
(٢) « المنتقى » (٨/ ٩) .
(٣) « المنتقى » (٨/ ٩) .

أيضاً أنه قال : ذهب ربيعة رضي الله عنه إلى أنه إذا لم يجز المعطي عطيته حتى مات المعطي أن له ثلث العطية ، وقال ابن شهاب وغيره : هي للمعطى إن حملها الثلث ، ولا أقول ما قالاه .

وَلَوْ فَلَّسَ وَلَوْ بِحَادِثٍ بَطَلَتْ

ولو فلس الواهب ولو بدينٍ بعد الهبة بطلت خلافاً لأصبغ ، فإنه قال : تبطل بحادث، وقد تقدم .

وَبَقَاؤُهُ فِي الدَّارِ الْمَوْهُوبَةِ باكْتِرَاءٍ أَوْ إِعْمَارٍ أَوْ إِرْفَاقٍ حَتَّى مَاتَ مُنَافٍ لِحَوْزِهِ

أي : بقاء الواهب في الدار الموهوبة بأي وجه كان إلى أن يموت لا يصح معه حوز الهبة وتبطل .

وَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ هِبَةِ الزَّوْجِ لِلزَّوْجَةِ وَالزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ دَارَ سُكْنَاهُمَا ؛ لأَنَّ الْيَدَ فِي السُّكْنَى لِلزَّوْجِ ...

هو كالاستثناء من إبقاء الواهب في دار سكناه مبطل ؛ أي : إلا في هبة الزوجة للزوج داراً وهي ساكنة معه فيها فإنها في ذلك تصح الحيازة بخلاف العكس .

وقوله : (**لأَنَّ الْيَدَ فِي السُّكْنَى لِلزَّوْجِ**) تعليل للفرق ، ويعلم به حكم المسألتين وإلا فالمصنف لم يصرح بحكمهما.

(**وَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ**) في «العتبية»، ونسبة التفرقة له مشعرة أن هناك من يخالفه وهو كذلك ؛ لأن ابن القاسم روى عن مالك أنه حوز في الوجهين ، وروى أشهب أنه حوز ضعيف لا يصح في الموضعين ، هكذا حكاه ابن زرقون عن ابن العطار ، وإن كان صاحب «البيان»[1] قال : لا أحفظ فيه كلاماً .

ابن عبد السلام : ويحتمل أن يكون نسبة هذا الكلام لابن القاسم إشارة إلى أنه كالمناقض لما بعده ، وأنه يتخرج في المسألة ثلاثة أقوال من المنصوص في كل واحد منهما.

وَأَمَّا الْخَادِمُ عِنْدَهُمَا وَمَتَاعُ الْبَيْتِ يَهَبُهُ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ : أَنَّهُ لازِمٌ ، وَرَوَى أَشْهَبُ : أَنَّهُ ضَعِيفٌ وَلَيْسَ بِالْبَيِّنِ ...

ضمير (**عِنْدَهُمَا**) و(**أَحَدُهُمَا**) عائد على الزوج والزوجة ، فروى ابن القاسم ؛ أي :

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/ ١٦٥) .

في «الموازية» و «العتبية»[١]: أن الهبة جائزة ، وروى أشهب في الكتابين أنه ضعيف وما هو بالبيِّن ، واعلم أنه لم يذكر في رواية ابن القاسم متاع البيت ، وكلام المصنف يوهم ذكره في الرواية ، نعم روى محمد عن ابن القاسم وابن عبد الحكم أن متاع البيت كالخادم؛ أي على رواية ابن القاسم .

محمد : وبه أقول .

ابن رشد وابن زرقون : والأظهر أن يغلب ، فأشارا إلى تفرقة ابن القاسم في السكنى ففرقا واستدلا على ذلك باتفاقهم على أن القول قول الزوج إذا اختلفا في متاع البيت فيما يكون للرجال والنساء ،قالا:وقد قيل: القول قوله فيما عرف من متاع النساء وأنه لا يد له معه .

وقوله : **(عِنْدَهُمَا)** ؛ أي يكون هذا الموهوب مستعملاً بينهما ، وكذلك قال الباجي قال[٢]: وأما ما يستعمل منفرداً كعبد الخراج ففي «العتبية» من سماع أشهب عن مالك في امرأة نحلت ابناً لها صغيراً عبداً فلم يحزه الأب ولا الولي حتى ماتت الأم أن ذلك مختلف، فأما غلام الخراج فليس بحوز للصبي ، وأما غلام الخدمة يخدمه ويختلف معه ويقوم في حوائجه فإنه حوز ، وكذلك لو نحله أبوه الغلام وهو مع أبيه لكن اختلافه معه وخدمته للحوز ، وإن خدم الأب مع الغلام إلى أن مات الأب .

وَلَوْ حَازَهَا ثُمَّ أَجَّرَهَا أَوْ أَرْفَقَ بِهَا الْوَاهِبُ فَرَجَعَ إِلَيْهَا عَنْ قُرْبٍ بَطَلَتْ بِاتِّفَاقٍ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ سَنَةٍ فَقَوْلانِ ...

أي **(لَوْ حَازَهَا)** الموهوب الهبة **(ثُمَّ أَجَّرَهَا)** للواهب **(أَوْ أَرْفَقَ بِهَا الْوَاهِبُ)** فرجع إلى الهبة عن قرب **(بَطَلَتْ)** الهبة باتفاق لما دلت عليه القرينة أن ذلك تحيُّل لإسقاط الحيازة ، وهكذا صرح الباجي وغيره بالاتفاق ، وإن كان عن طول وهو سنة فقولان ، وأقربهما أن ذلك لا يضر وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه ، والقول بأن ذلك يبطلها لمطرف وابن الماجشون.

ووقع في بعض النسخ عوض قول المصنف : **(قَوْلانِ)** **(رِوَايَتَانِ)** والأولى أصح ؛ لأن الثاني ليس هو رواية .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/ ١٦٥) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ١٠) .

وقد رجح قول مطرف بالقياس على الرهن ، ويجاب أن الرهن على ملك الراهن ولذلك اشترط فيه استدامة الحيازة بخلاف الموهوب ، ويدل على هذا اتفاقهم على أنه لو رجع الواهب في الهبة مختفياً أو ضيفاً فمات أن ذلك لا يبطل الهبة وإن كان عن قرب ، وهو معنى قوله :

وَلَوْ رَجَعَ مُخْتَفِياً أَوْ ضَيْفاً فَمَرِضَ فَمَاتَ لَمْ تَبْطُلْ وَلَوْ كَانَ عَنْ قُرْبٍ

أي : ولو بعد يوم ، قاله مطرف وابن الماجشون، وهذا بخلاف الرهن فإنه يبطل بذلك.

قوله في صدر المسألة : **(وَلَوْ حَازَهَا ثُمَّ أَجَّرَهَا)** يدل على أن الموهوب له يحوز لنفسه ، أما إن كان صغيراً فحاز عنه الأب أو غيره ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهي باطلة .

محمد : لا يختلف في ذلك مالك وأصحابه ، والفرق بين الصغير والكبير أن الولد الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع في الهبة فلا يعد رجوع الأب إليها رجوعاً في الهبة، والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعاً في الهبة .

وما ذكره ابن المواز من الاتفاق على بطلانها بذلك إذا سكنها الأب وحده ، وأما إن سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضاً البطلان .

وحكى أبو محمد مكي في «كتاب الاختلاف» عن ابن حبيب أنها لا تبطل ؛ لأنه إنما سكن بحضانته لهم .

وَلَوْ بَاعَ الْوَاهِبُ فَإِنْ عَلِمَ نَفَذَ وَالثَّمَنُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ رُدَّ وَهُوَ عَلَى طَلَبِهِ

يعني : لو باع الواهب الهبة قبل أن يحوزها الموهوب له افترق الحكم بسبب علم الموهوب له وعدم علمه ، فإن علم الموهوب له نفذ البيع والثمن للموهوب له ، هكذا في «المدونة» على إحدى الروايتين ، وذلك أنه قال في أول كتاب الصدقة(١) : ومن تصدق على رجل بصدقة ولم يقبضها حتى بيعت تم البيع وكان الثمن للمعطي .

وروي بفتح الطاء اسم المفعول وهذا موافق لكلام المصنف ، وروي بكسر الطاء اسم فاعل ومقتضى القياس خلاف الروايتين ؛ إذ الهبة تلزم بالقول فكان القياس يقتضي أن يجيز الموهوب في إجازة البيع أو رده ، إلا أنهم راعوا قول من يقول : إنها لا تلزم إلا بالقبض.

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٤٤٠) .

قـوله : (وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ) ؛ أي : الموهوب له بالهبة رُدَّ البـيع والموهوب له على طلبه بالحوز.

وقوله : (رُدَّ) إن أراد الموهوب له ذلك ، وإن أراد إمضاءه فله ذلك كبيع الفضولي .

ابـن يونـس : وكذلك يكون له رد البيع إذا علم الموهوب له ولم يفـرط حتى جاعله ؛ يعني المتصدق بالبيع ، ونحوه لأصبغ .

وما ذكره المصنف من الـتفرقة بين علم الموهوب له وعدم علـمه هو مذهب «المدونة» ، ولابن القاسم أن البيع أولى ؛ لأن البيع عقد معاوضة فكان أولى ، ونحوه لأشهب .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم يرد البيع ويأخذ المعطي عطيتـه فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال : ثالثها المشهور : الفرق فإن علم نفذ وإن لم يعلم رد .

وزاد المتيطي رابعـاً بأن المتصدق عليـه أولى إن كان لم يفرط في الحيـازة ، وإن فرط لم يكن له شيء وهو قوله في «العتبية»[1] .

وخامساً : الفرق بين ألا يمضي من المدة ما لا يمكنه فيه الحوز فيكون أحق وبين أن يمضي ما يمكنه فيه الحوز فلا يكون له إلا الثمن .

وسادساً : أنه إن مضى ما يمكنه فيه الحوز لم يكن له شيء .

البـــاجي[2] : وإذا قلنا: ينقض فروى مـحمد عن ابن القـاسم إنما ذلك المعطى المعين فيقضى له، وأما إن كان لغير معين مثل أن يجعل داره في السبيل ثم يبيعها فلا يبطل البيع؛ لأنه لا يقضـى عليه بها ، وإن قلنـا بإمضاء البـيع فقـال أشهب وابن عبـد الحكم : تبطل الصدقة ولا شيء للمعطى من الثمن .

وروى ابن حبيب عـن مطرف : إن كان المعطى حاضراً فلم يقم حين علم بالـبيع مضى وله الثمن ، فإن مات المعطي على إثر ذلك ولم يفرط بطل البيع لكون العطية ملكاً .

مطرف وابـن القـاسم : ولو كان المعطي غائبـاً فقدم في حياة المعطي خـير بين رد البيع وأخذ الثمن .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٣/١٦٦) .

(٢) « المنتقى » (٨/١١) .

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ عِلْمِهِ فَفِي بُطْلانِهَا قَوْلانِ ، وَاضْطَرَبَ فِيهَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلافِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ ...

أي : فإن مات الواهب قبل علم الموهوب بالهبة وقد كان الواهب باعها فقال ابن القاسم في «المدونة»(١) وغيرها : بطلت .

قال بعض من تكلم هنا : بطلت ، والقول بعدم البطلان لا يكاد يوجد ؛ لأن الواهب مات قبل حيازة الموهوب له ، ولاسيما وقد انضم إلى هذا مبطل آخر وهو بيع الواهب لها وليس وهمه في هذا ، والله أعلم أن ابن شاس ذكر مسألة البيع ثم مسألة الموت ثم قال : وقال محمد : اضطرب قول ابن القاسم فظن أن هذا الاضطراب راجع إلى الموت فذكر فيه قولين وليس كذلك ، وإنما راجع إلى أول المسألة ، وكذلك ذكره الباجي وغيره في مسألة البيع ، انتهى .

خليل : ويمكن أن يجعل هذه مستقلة لا مفرعة على التي قبلها ويكون ضمير (مَات) عائداً على الموهوب ، ويكون القول بالبطلان معللاً بعدم القبول ، والقول بالبطلان معلل بالقبول كما قالوا في من أرسل هدية ، والله أعلم .

وقوله : (**بِخِلافِ الرَّهْنِ**) **ابن راشد** : يعني لأنه إذا باعه قبل القبض نفذ من غير خلاف، انتهى .

وقد قال بعضهم : معناه بخلاف ما لو رهن العطية فإن الرهن يبطل وتصح العطية ، ونحوه للباجي لأنه قال(٢) : ولو رهن المعطي العطية قبل القبض فقال ابن القاسم في من حبس على ابنه ثم رهنه فمات : بطل الرهن وثبت الحبس .

وفي بعض النسخ بعد قوله : (**بِخِلافِ الرَّهْنِ**) فإنها تبطل إذا رهنها وهكذا حكى ابن شاس ، أما لو رهنها الواهب ثم مات فقال ابن القاسم : ثبت الرهن وتبطل الهبة .

فَلَوْ كَانَ وَهَبَهَا وَحَازَهَا الثَّانِي فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هِيَ لِلأَوَّلِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ وَالْحَائِزُ أَوْلَى ...

يعني : فلو وهب الواهب الهبة بعدما وهبها ولم يكن الأول قد حازها وحازها الثاني ،

---

(١) « المدونة » (١٤/ ٤٤١) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ١١) .

فقال ابن القاسم : هي للأول ، وقال أشهب - وهو اختيار محمد : الثاني أولى بحيازته؛ وروي أيضاً عن ابن القاسم .

والأول أقيس ؛ لأن الهبة عندنا تلزم بالقول فلم يهب إلا ملك الأول ، وظاهر هذين القولين أنه لا فرق بين أن يفرط الموهوب له أو لا ، وزاد في «البيان»[1] في الرابع من الصدقات قولين آخرين :

أحدهما : أن يعلم فيفرط أو لا يعلم .

والثاني : الفرق بين أن يمضي من المدة ما يمكنه فيه القبض أم لا .

وعلى قول ابن القاسم فقال أصبغ في «العتبية» : إن علم الموهوب بالهبة وفرط فلا شيء له ، وإن لم يعلم أو علم ولم يفرط وقدم المتصدق فعاجله بأن تصدق بها على غيره، فالأول أولى إن أدركها قائمة فله قيمتها على المتصدق ، وهذا الفرق يقوي قول أشهب فوقه؛ إذ لم ينزل الهبة منزلة البيع .

فَإِنْ أَعْتَقَ الْوَاهِبُ الأَمَةَ أَوِ اسْتَوْلَدَهَا فَفِي رَدِّهِ وَتَقْوِيمِ الأَمَةِ قَوْلاَنِ

أي : قبل حوز الموهوب له ، والقول بإنفاذ العتق والاستيلاد من غير قيمة لابن القاسم في العتق الثاني من «المدونة»[2] : وسواء علم المعطي بالهبة أو لم يعلم ، وقاله في «الموازية» و «العتبية» ، والقول برد العتق ولزوم قيمة الأمة في الإيلاد لابن وهب وهو أقيس وله رده- راجع للعتق وتقويم الأمة للإيلاد فهو لف ونشر .

وزاد في «البيان» [3]ثالثاً للمغيرة : أن العتق أولى على كل حال إلا أن يكون بين الصدقة والعتق ما لا يمكن فيه الحوز من المدة .

الباجي : إذا قلنا بقول ابن القاسم فكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه إلى أجل فقال أصبغ : يمضي ولا شيء للمعطي في خدمة المدبر ولا كتابة المكاتب ولا رقبته إن عجز .

ابن القاسم : ولو قتله رجل فالقيمة للموهوب له .

الباجي[4] : لأن قتله ليس بمعنى الرجوع .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٤/ ١٣٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤١٩) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٤/ ١٣٣) .

(٤) « المنتقى » (٨/ ١٨) .

وَفِي بَيْعِ الْمَوْهُوبِ لَهُ وَهِبَتِهِ قَوْلَانِ ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ

سقطت هذه النسخـة من نسخة ابن راشد وابن عبـد السلام هي ثابتة عندنا ؛ أي : إذا وهب الموهوب له الهبة أو باعهـا قبل أن يقبضها فهل ذلك حـوز ولا يضر بعد ذلك موت الواهب قولان ؛ والقـول بأنه حوز لمطرف ونحوه لمالـك من رواية ابن وهب ، لكن قال : إن أشهد المعطي على فعله وأعلن ، وقال أصبغ : ليس حوزاً .

وروى ابن الماجشـون أن البيع حوز وليسـت الهبة حوزاً ؛ لأنهـا محتاجـة إلى حوز ، واتفقوا على أن العتق حوز ، وإلى هذا أشار بقوله : (**بِخِلَافِ الْعِتْقِ**) .

وَمَنْ حَبَسَ دَاراً أَوْ دُوراً وَهُوَ فِي بَعْضِهَا وَحِيزَ الْبَاقِي فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : مَا حِيزَ لَزِمَ دُونَ الْبَاقِي ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ كَثِيراً لَزِمَ الْجَمِيعُ ، وَإِلَّا فَلَا ...

أي : أو وهب أو تصدق ، فـإن سكن بيتاً صغـيراً منها ؛ أي من دور كثـيرة ، أو داراً صغيرة منها ؛ أي من دور كثيرة ، (**فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِـمِ : مَا حِيزَ لَزِمَ**) وهذا القول حكاه ابن الجـلاب[1] وقال : يبطل ما سكنه قليـلاً كان أو كثيراً ، واعتـبر في هذا القول كل شيء بانفراده، وقيل : إن كان المحاز كثيراً لزم الجميع ؛ يعني : ما سكن وما حيز عنه ، مثل أن يسكن داراً صغيرة من دور أو بيتاً صغيراً من دار ، هكذا حكى ابن شاس هذا القول واعتبر فيه التبعية .

وحكى ابن شاس[2] قولاً ببطلان الجميع بمطلق السكنى .

وفي «المـدونة»[3] : ومن حبس على صغار ولـده داراً أو دوراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فذلك جائز وحوزه لهم حـوز ، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو جلها حتى مات فيـبطل جميعـها أو تورث على فرائض الله ، وأمـا الدار الكبيرة ذات المسـاكن سكن أقلها وأكرى لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن .

مالك : وقد حبس زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما وسكنا منزلاً منهما حتى ماتا فنفذ حبسهما في ما سكنا وفي ما لم يسكنا .

وفرق بعضهم بين الحبس والصدقة فلم يجزه في الصدقة .

---

(١) « التفريع » (٢/٣٦٧) .

(٢) « الجواهر » (٣/١٠٧) .

(٣) « المدونة » (١٥/١٠١) .

اللخـمي : وإن سكن النصف وحيز النصف بطل ما سكن وصح ما لم يسكن ، ونسبه لابن القاسم وأشهب بجعل القليل دون النصف والكثير ما فوقه .

وفي «الواضحة» : القليل ما دون الثلث ، وفي «الموازية» عن ابن القاسم وأشهب : إن سكن قدر الثلث فأقل جاز الحبس .

وفي «المتـيطية» : إن سكن ثـلث الحبس أو أقل نفـذ الحـبس في ما سكن وفي مـا لم يسكن، وإن كان أكثر من الثلث لم يجز شيء من الحبس ورد جـميعه ميراثاً ، هذا مذهب «المدونة» وبه الحكم ، انتهى ، ففهم أن الثلث كثير وهو خلاف ما قاله اللخمي .

ولأصبغ قول آخر بالتفصـيل بين الدار والدور ، فقال في الدور : ما سكن منها من دار فهي باطلة وصح غيرها قل أو كثر ، وأما دار واحدة فإن سكن منها يسيراً جازت كلها وإن سكن أكثرها بطلت ، ولا يظهر لتخصيص المصنف بالحبس معنى .

وقد نص في «المدونة» على أن الهبة والصدقة كالحبس كما تقدم ولاسيما والباب إنما هو معقود للهبة .

وقيـد صاحب «البـيان»[1] الإطلاق في سكنى الأب الأكـثر من الدور وبما إذا كـان هو الحائز، قال : وأما إن سكن الأب الأكثر أو الجل وحاز الكبار بقيتها فيجوز لهم ما حازوه، ولا أعرف فيه نص خلاف .

وَفِي جَعْلِ هِبَةِ الْـمَغْصُوبِ كَالدَّيْنِ يَحُـوزُهُ بِالإِشْهَادِ قَوْلانِ ، وَاخْتَـارَهُ سحْنُونٌ وَأَنْكَرَهُ يَحْيَى...

يعني : إذا وهب ما تحت يد الغاصب لم يكن الإشهاد حيازة عند ابن القاسم وأصبغ في «المدونة» ، وقال أشهب : هي حيازة كالدين .

قوله : (**يَحُوزُهُ بِالإِشْهَادِ**) بيان لحكم الدين المشبه به وهي جملة في موضع الحال من الدين ، وذلك لأنه لما شبه هبة المغصوب بالدين في أحد القولين - بيَّن حكم الدين ، وهي زيادةُ إيضاحٍ، وإلا فقد قام ذلك .

قوله : (**وَاخْتَارَهُ سحْنُونٌ**) اختار جعله كالدين ، وضمير (**أَنْكَرَهُ**) عائد على الجعل أو على الاختيار المفهوم من (**اخْتَارَ**) .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٤/ ١٣٥) .

واختار محمد أيضاً قول أشهب إلا أنه خالفه في الحجة ؛ لأنها ليست حوزاً ، وغير هذا يرد : لا يقدر على أكثر من هذا ، وقال : لأن الغاصب ضامن فهو كالدين .

اللخمي : وتعليل أشهب أحسن ؛ لأن الواجب رفع يده ولا يقدر على أكثر من هذا وليس كالدين ؛ لأنه إنما وهب عين المغصوب ولم يهب قيمته ولما قال في «المدونة»(١) : وليس قبض الغاصب قبضاً للموهوب له ، قيل له : ولِمَ والهبة ليست في يد الواهب ؟ قالت : لأن الغاصب لم يقبض للموهوب ولا أمره الواهب بذلك فيجوز إذا كان غائباً .

قال بعضهم : ظاهره لو أمره جاز ، وهذا إذا رضي الغاصب أن يحوز .

وَفِي هِبَةِ الْمُودَعِ لَمْ يَقُلْ : قَبِلْتُ حَتَّى مَاتَ الْوَاهِبُ قَوْلانِ ، وَكَذَلِكَ مَنْ وُهِبَ لَهُ فَقَبَضَ لِيَتَرَوَّى ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ ...

يعني : إذا وهب رب الوديعة للمودع الوديعة بأن قال : قبلت تمت الهبة وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب ، وفي معنى ذلك : إذا وهب الدين للمديان ولم يقل قبلت حتى مات الواهب فقولان : **الأول** لابن القاسم في «المدونة» و «الموازية» : أنها باطلة لأنها لم تنقل إلى ملك الموهوب له قبل موت الواهب ؛ إذ من شرط النقل القبول .

والثاني لأشهب : أنها جائزة ؛ لأن كونها بيده أحذر للحوز ، قال في «الموازية» : إلا أن يقول : لا أقبل ، واستحسنه محمد .

ومفهوم قوله : **(حَتَّى مَاتَ)** أنه لو قال : قبلت قبل موت الواهب وبعد مفارقة المجلس أنها تصح ، واعترضه التونسي وقال : كان يجب على أصل ابن القاسم : إذا افترقا ألا تصح ؛ لأنه كلام يقتضي جوابه على رهنه ، كما لو قال : بعتك بكذا ، ولم يقل له المبتاع شيئاً فليس له بعد افتراقه أن يقول رضيتها ، قال : وإنما اختلفوا في التمليك بعد المجلس ؛ لأنه لم يحتج إلى نظر .

قوله : **(وَكَذَلِكَ مَنْ وُهِبَ لَهُ... إلخ)** هو ظاهر التصور ، ومقتضى كلامه أن القولين جاريان أيضاً ، لكن قال ابن راشد : جعل محمد هذه المسألة حجة لقول أشهب في الوديعة ، وذلك يقتضي أنها نافذة له وإن لم يقل قبلت بغير خلاف وإلا لما صح الاحتجاج بها ، انتهى .

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٢٢) .

وهو كلام ظاهر ، والفرق ظاهر ؛ لأن إنشاء القبض من الموهوب قوي في الدلالة على الرضا بخلاف الوديعة ، فإنه ليس فيها ذلك .

قوله : (لِيَتَرَوَّى) أي : ليرى رأيه .

وَلَو تَصَدَّقَتْ بِصَدَاقِهَا فَقَبِلَهُ ثُمَّ مَنَّتْ عَلَيْهِ فَرَدَّ كِتَابَهَا أَوْ أَشْهَدَ لَهَا فِي غَيْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ ؛ لأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَمْ تُقْبَضْ ...

هو ظاهر ؛ لأن صداقها عليـه دين فإذا قبل سقطت فإذا رده إليها أو أشـهد على نفسه كان هبة منه لها ، فإذا مات لم يكن لها شيء ؛ لأنها عطية لم تقبض قبل موت الواهب .

وَإِذَا وَهَبَهُ مَـا تَحتَ يَدِ الْمُودَعِ وَمَاتَ وَعَلِمَ الْمُودَعُ صَـحَّتْ ، بِخِلافِ مَا لَوْ وَهَبَهُ مِمَّا تَحْتَ يَدِ وَكِيلِه فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ إِلا مَا قَبَضَ ...

صوابه على مـذهب سيبويه وهب له كـما تقدم ؛ يعني إذا وهب الوديعة لغـير من هي تحت يده (وَمَاتَ) أي : الواهب .

(وَعَلِمَ) جملة في موضع الحال ، زاد ابن القاسم في فرض المسألة رواية سحنون : ولم يأمر الواهب الموهـوب بقبض الهبـة ، ولم يذكر ابن المواز هذه الزيادة ، بل ذكـر إذا جمع بينهما واشـترط العلم ليكون حائزاً للموهوب له ولـو دفعها الواهب كان رضـا بخلاف ما وهب له ما تحت وكـيله فإنه لا شيء له إلا ما قبض ، فلو وهبـه مائة فقبض خـمسين ثم مات الواهب لم يكن له إلا الخمسون ؛ لأن يد الوكـيل كيد الموكل ، ومسألة الوكيل رواها عيسى عن ابن القاسم في العتبية ، ورواها أبو حنيفة عن مطرف وأصبغ .

وَمَا تَحْتَ يَدِ الْمُخْـدَمِ وَالْمُسْتَعِيرِ كَـالْمُودَعِ ، وَلَمْ يَشْتَرِط ابْنُ الْقَاسِمِ عِلْمَهُـمَا بِخِلافِ الْمُودَعِ لِقُدْرَتِه عَلَى أَنْ لا يَحُوزَ لِلْمَوْهُوبِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ الإِخْدَامُ وَالْهِبَةُ دُفْعَةً وَاحِدَةً فَهُوَ حَوْزٌ لَهُ ، وَإِلاّ فَلا ...

(كَالْـمُودَعِ) فيه حذف مضاف ؛ أي كوديعة المودع فيكتفى بعلم من هما بيده إذا أشهد الواهب ، وكـذلك قال ابن شـاس(١) ، وحيازة المخـدم والمستعير حـيازة للموهوب له إذا أشهد ، ونقل في «النكت» عن بعض شـيوخه أنه اعتبر علم المخدم ورضـاه كما في فضلة الرهن .

---

(١) « الجواهر » (١٠٧/٣) .

اللخمي : ويشترط أن يبتل له الرقبة الآن وتكون المنفعة على المخدم على الواهب ولا على الموهوب له ، قال : وإن وهب إليه المرجع بعد انقضاء الخدمة ليس الآن لم يكن له حوز ، انتهى .

وعلى هذا فلا تشبيه بين المخدم والمستعار وبين المودع في حصول الحيازة بالعلم .

قوله : **(وَلَمْ يَشْتَرِطِ ابْنُ الْقَاسِمِ عِلْمَهُمَا)** هكذا قال في «المدونة»[1] .

وقوله : **(لِقُدْرَتِهِ عَلَى أَنْ لا يَحُوزَ لَهُ)** أي : المودع لما كان قادراً على رد ما تحت يده إلى من دفعه له صار كالوكيل لمن استحفظه على ذلك ، والموهوب له هو المالك الآن فلابد من علم المودع بمن هو حافظ ، والمخدم والمستعير غير قادرين على رد ما قبلاه من المعطي فليسا بوكيلين لأحد فلا يشترط علمهما ، وهذا القول للتونسي .

وقوله : **(وَقِيلَ... إلخ)** نص في «الجواهر»[2] ، وقال عبد الملك : إذا تقدمت الخدمة لم يكن المخدم حائزاً للموهوب ، وإن أخدم ووهب في مرة واحدة كانت ذلك حيازة للموهوب.

عبد الملك : ولو كانت الهبة والإخدام في عبد فقتل بعد ذلك كانت قيمته لمن وهبت له الرقبة .

وَمَا تَحْتَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ لَيْسَ بِحَوْزٍ ، إلا أَنْ يَهَبَ الإِجَارَةَ ، فَقَالَ أَشْهَبُ : الْمُسْتَأْجِرُ كَالْمُودَعِ ...

الأول مذهب ابن القاسم : أن الموهوب لا يتم حوزه إلا بافتكاكه كما تقدم في بابه ، وأما المستأجر فلا يتم إلا أن يهب الإجارة .

وقيده ابن زرقون وغيره بأن تكون الإجارة غير مقبوضة ليكون اقتضاء الموهوب منه الإجارة حيازة ،وأما قبض الواهب الأجرة فلا ، والفرق بين المخدم والمرتهن والمستأجر أن المخدم محوز عن ربه والمستأجر والمرهون محوز له.

قوله : **(فَقَالَ أَشْهَبُ : الْمُسْتَأْجِرُ كَالْمُودَعِ)** ظاهره أنه لا يفتقر إلى علم المستأجر وفيه نظر ؛ لأن الذي له في «الموازية» أن ذلك نافذ إذا أشهد وإن لم يسلم الإجارة معه ، هكذا نقل اللخمي وغيره .

---

(١) « المدونة » (١٥/١٢٣) .

(٢) « الجواهر » (٣/١٠٨) .

ابن عبد السلام : والأحسن لو زاد المؤلف فيما حكاه عن أشهب التشبيه بالمستعير فيقول كالمودع والمستعير ، هكذا في الرواية عن أشهب ؛ لأن اقتصاره على التشبيه بالمودع يوهم موافقة لابن القاسم في تفريقه بين المودع والمستعير من غير حاجة لذلك .

وَالْمُرْسلُ هَدِيَّةً يَمُوتُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ وُصُوله ، في «الْمُدَوَّنَة» : تَرْجِعُ إلى الْمُهْدي أَوْ لورَثَته ، وَعُلِّلَ بِفَوَات الْحوْز أَوْ بعَدَمِ الْقَبُول ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيب : إنْ مَاتَ الْوَاهبُ بَطَلَتْ بخلاف مَوْت الْمَوْهُوب لَهُ ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إنْ كَانَ لمَنْ حَوزه حَوْزٌ لَهُمْ كَصغَارِ بَنيه وَأَبْكَار بَنَاته مَضَتْ إنْ أَشْهَدْ ...

أي : إذا أرسل هدية لغائب عنه ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل وصول الهدية ففي «المدونة»: ترجع إلى المهدي أو إلى ورثته .

وتبع المصنف في التعليل بفوات الحوز راجع إلى موت الواهب ، وبعدم القبول راجع إلى موت الموهوب .

وفي «المدونة» [1]: مقيد بما إذا لم يشهد ، وأما إذا أشهد فهي للمعطى أو لورثته ، وتبع المصنف في التعليل الذي ذكره ابن شاس ونسبه المؤلف «للمدونة» لإشكالها .

أما أولاً : فلأنه أبطلها بموت الموهوب والمؤثر في بطلان الهبة إنما هو موت الواهب .

وقد نص في «المدونة»[2] في باب الهبة على خلاف هذا فقال : وإن وهبت هبة لحر أو عبد ولم يقبضها حتى مات فلورثة الحر ولسيد العبد قبضها وليس لك أن تمتنع من ذلك .

وإلى هذا الإشكال أشار التونسي وغيره ، ولهذا قال عياض : ولعل ما في «المدونة» أن يقول الباعث : أنا إنما قصدت بها صلة للمبعوث إليه بعينه إن وجد حياً ، ويكون مصدقاً؛ إذ لا يلزمه إلا ما أقر به من معروفه إذا لم يشهد على أصله فيلزمه بظاهر فعله وقوله .

وأما ثانياً : فلأنه قد أمضاها بالإشهاد وهو مبطل للتعليل ، ولهذا قال ابن عبد السلام : الصواب عندهم في تعليل المسألة أنه مع الإشهاد قد فعل غاية المقدور في الحوز .

قوله : **(وَقَالَ ابْنُ حَبِيب... إلخ)** هو كما حكيناه عن «المدونة» في الهبة .

قوله : **(وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ... إلخ)** هذا تأويله عن مالك في رواية يحيى عنه ، قال :

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤١٨) .

(٢) « المدونة » (١٥/ ١٣٨) .

سألت ابن القاسم عن قول مالك في الرجل يشتري المتاع في الحج لبعض أهله ثم يموت قبل أن يبلغهم ذلك المتاع أنه لهم ، قال : وإنما أراد أن يكون اشتراه لأصاغر ولده ، ومثله روى علي بن زياد عن مالك أن الإشهاد لا ينفع في ذلك لمن يحوز عليه من ولده الصغير، وأما الكبير والأجنبي فلا يحوز لهم إلا أن يحوزه غيره .

ورده محمد بأن الإشهاد في مثل هذا هو الحوز ، ورآه أيضاً عياض بأنه لو لم يحز إلا للصغار لم يختص ذلك إلا بالحج والسفر دون الإقامة ، ولا معنى لما قاله بعض الصقليين، إنما يعني ذلك إذا وهب العين ثم اشترى به فجعل الشراء يقوم مقام الحوز ؛ لأن مسألة الذي وجه صلته وهبته قد جعلها حوزاً ، والعلة في ذلك كله عدم التفريط في الحوز .

واعترض كلام المصنف بأن ظاهر كلامه أن تأويل ابن القاسم في المسألة إنما هي في موت المهدي إذا كانت الهدية بيده ، ولو أخر تأويل ابن القاسم إلى مسألة الحاج كان أولى؛ وهي قوله :

وَمَا يَسْتَصْحِبُهُ الْحَاجُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْهَدِيَّةِ لأَهْلِهِ وَغَيْرِهِمْ كَذَلِكَ

أي: المشهور فيه الاكتفاء بالإشهاد ؛ لأنه غاية المقدور عليه ، وتصور هذا الكلام ظاهر.

فرع : قال مالك : وإن حلى الأب صبيا بحلي ثم مات فهو للصبي دون الورثة ؛ لأنه مظنة الحوز .

فائدة : لا تعتبر حيازة أخ ولا غيره من غير الموهوب إلا في أربع مسائل : المتصدق بثوب في السفر ، والحاج يشتري لأهله شيئاً ويشهد عليه ثم يموت ، والحبس الذي لا غلة له كالسلاح إذا أخرجه مرة ثم رجع له ، والدار يتصدق بها فتحاز عنه سنة ثم يكريها فيموت فيها .

وَالْهِبَةُ قِسْمَانِ : مُقَيَّدٌ بِنَفْيِ الثَّوَابِ ، وَمُطْلَقٌ

وقسم مطلق ، وبقي عليه قسم آخر وهو مقيد بالثواب وذكره آخر الباب .

الأَوَّلُ : قِسْمَانِ : لِلْمَوَدَّةِ وَالْمَحَبَّةِ فَلا رُجُوعَ إلا لِلأَبِ والأُمِّ ، وَقِيلَ : مَا لَمْ يَحُزْهُ الْمُتَوَلَّى عَلَيْهِ ...

يعني: أن القسم الأول وهو المقيد ينقسم إلى قسمين : الأول : أن يراد به وجه الموهوب له وهو معنى قوله : (لِلْمَوَدَّةِ وَالْمَحَبَّةِ) ، والثاني : أن يريد به وجه الله .

وما ذكره من أنه لا رجوع للواهب للمودة والمحبة إلا للأب أو للأم هو مذهب مالك ، ودليله مـا رواه أبو داود عن حسين المعلم عن عـمرو بن شـعيب عن طاوس عن ابن عـمر وابن عباس رضي الله عنهم عنه عليه السلام قال : «**لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيـها إلا الوالد فيما يعطي لولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فـيها كمثل الكلب يعود في قيئه**»(١) ورواه النسائي أيضاً،وقال أبو عمر :وصله حسين المعلم وهو ثقة.

وتقاس الأم على الأب ، وقـيل : هو لعبد الملك قال : لا تعـتصر الأم إذا حاز الهـبة عنها له أبوه أو وهبه أو وهو إن كان يلي نفسه ، قال : ويعتصر الأب ؛ لأن أصل العصرة له ، قال : وإنما تعتصر ما وهبت له إذا كانت هي التي تليه ولم تخرج الهبة عن يده .

اللخـمي : واختلف في اعتصار الأب إذا كان فقيراً ، فقيل : له ذلك ، ومنعه سحنون قال : وإنما يعتصر إذا كان الأب في حجره أو بائنـاً عنه وله مال كثير ، وصح اعتصار الأم إذا كان للولد أب سـواء كان الأب موسـراً أو معسـراً أو الابن موسراً ، ويخـتلف إذا كان الابن والأب فقيرين قياساً على اعتصار الأب من الولد الفقير ، ويصح اعتصار أم مع عدم الأب إن كان الابن موسراً ، قاله أشهب في «الموازية» .

ولا يصح إذا كان صـغيراً فقـيراً ؛ لأنها حينئـذٍ على وجه الصدقة ، ويخـتلف إذا كان كبـيراً فقيـراً فعلى قول سحنون لا تعـتصر ، والمعـروف من المذهب أنها تعتصـر وإن كان صغيراً فقيراً ثم أيسر قبل البلوغ أو بعده لم يعتصر ؛ لأن المراعى حين العطية هل كان على وجه الهبة أو الصدقة إن كان له أب يوم العطية ، ولم تعتصر الأم حتى مات الأب كان لها أن تعـتصـر ؛ لأنه لم تكن على وجـه الصدقـة ، وفي «الموازية» : لا تعـتصـر ، والأول أحسن؛ لأن المراعى يوم العطية ، انتهى مختصراً .

وَفِي إِلحَاقِ الْجَدِّ وَالْجَدَّةِ بِهِمَا رِوَايَتَانِ

الإلحاق لمالك في «الموازية» ؛ لأن الجد يطلق عليه أب ، وعدم الإلحاق رواه ابن القاسم في «المدونة» ؛ لأن الأصل عدم الرجوع ولا يتحقق دخولها تحت الحديث .

---

(١) أخرجه النسائي (٣٦٩٠) وفي « الكبرى » (٦٥١٨) وأحمد (٥٤٩٣) والطبراني في « الكبير» (١٣٤٦٢) والبيهقي في « الكبرى» (١١٧٩٦)، وصححه الألباني - رحمه الله .

وَلَوْ تلفَ الْمَوْهُوبُ أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ أَوْ تَزَوَّجَتِ الْبِنْتُ أَوِ ادَّانَ الابْنُ لأَجْلِ الْهِبَةِ - وَقِيلَ : مُطْلَقاً - فَاتَ الرُّجُوعُ ...

لما ذكر الاعتصار شرع في موانعه ، وامتنع مع تلف الموهوب لفوات محل الاعتصار ، وكذلك إن زال ملكه عنه ؛ أي ببيع أو هبة أو غير ذلك .

قوله : (**أَوْ تَزَوَّجَتِ الْبِنْتُ**) لعله خصصه للاتفاق عليها لما تعلق للزوج من الحق في مالها ، وظاهر المذهب أن تزويج الابن كذلك ، وهو مذهبه في «الموطأ» وبه قال ابن القاسم في «العتبية» من رواية عيسى ، وهو ظاهر «المدونة» لقوله(١) : كذلك إن بلغ الصغار ما لم ينكحوا ، وقال ابن دينار : نكاح الذكر لا يمنع الاعتصار ؛ لأنه دخل في أمر مخرجه بيده بخلاف الأنثى ، والأظهر أن للأنثى أيضاً تعلقاً بمال الزوج بسبب النفقة والكسوة والسكنى ؛ إذ ذلك كله على قدر ماله .

وقوله : (**أَوِ ادَّانَ الابْنُ**) لعله خصصه ؛ لأنه الذي يتصرف غالباً وإلا فلا فرق بين الابن والبنت في هذا .

وقوله : (**لأَجْلِ الْهِبَةِ**) مفهومه أنه لو داينوه ، لا لأجلها جواز الاعتصار كما لو كان الابن موسراً أو يعلم أنه لم يداين للهبة ، وهذا مذهب «الموطأ» ورواه مطرف وقال به ، وبه قال ابن القاسم وأصبغ ومحمد .

وقوله : (**وَقِيلَ : مُطْلَقاً**) وقيل: الدين مطلقاً سواء كان لأجل الهبة أم لا يمنع الاعتصار، ونسبه صاحب «البيان»(٢) لابن الماجشون ، والظاهر أن المراد بقوله : (**أَوِ ادَّانَ لأَجْلِ الْهِبَةِ**) أن يكون رب الدين قد قصد ذلك ولا يكفي قصد الولد ، هذا مقتضى كلام اللخمي وغيره لقوله : وإن دوين أو تزوج أو تزوجت البنت لأجل الهبة امتنع الاعتصار ، قال محمد : ويمتنع الاعتصار إذا داينه الناس لأجلها ، وإن كان أبو الحسن قال : انظر لو كانت الهبة كثيرة ولم تعلم الزوجة ولا الذي داينه بها هل يصح الاعتصار إذا لم ينكح لذلك ولا داين له ؟

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٤٢٨) .
(٢) « البيان والتحصيل » (١٤/٥٨) .

وَلَوْ مَرِضَ أَحَدُهُمَا فَكَذَلِكَ وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ مَرِضَ الأَبُ فَلَهُ ، وقَالَ أَيْضاً : فَلَيْسَ لَهُ، وَقَالَ : وَأَمَّا الابْنُ فَلا أَدْرِي ...

أي : الواهب أو الموهوب له (**فَكَذَلِكَ**) أي : يفوت الاعتصار عند مالك وابن القاسم ، قال في «البيان»(١) : وهو المشهور ؛ لأنه لو مرض الواهب فاعتصاره لغيره وهو الوارث ، وإن مـرض الموهوب له فـقد تعلق حـق ورثته به ، وروى أشـهب : إن مـرض الأب فله الاعتصار دون العكس ؛ لأن الاعتصار له قبل المرض فلا يزول به عملاً بالاستصحاب .

ابـن نافـع : وللسيد أن ينتزع مال مـدبره وأم ولده أقراً عنه على مال ولده وإن كان قد وهبه ؛ لأن العـبد ملك على ترقب والولد ملك حقيـقة ، وقدرة الأب على الاعـتصار لا توجب ضعفاً في ملكه ، فانظره .

وَعَلَى إِفَاتَتِه لَو زَالَ ، فَفِي عَوْدِ الرُّجُوعِ قَوْلانِ

الضمير في (**إِفَاتَتِه**) وفي (**زَالَ**) يعود على المرض ، والقول بعود الاعتصار لابن القاسم وأشهب والمغيرة وابن دينار وابن الماجشون .

ابن القـــاسم : لأن المرض أمر لم يعـامله الناس عليه فهـو بخلاف النكاح والمداينة ، والقول بعدم الاعتصار لمالك في «الواضحة» وقاله أصبغ .

واختار اللخمي الأول ، ولسحنون ثالث بعود الاعتصار بزوال ملك الأب دون الابن ، أما لو حـصل تزويج ثم زال فلا يعود الاعتـصار ، ولـم يحكِ اللخمي في ذلك خـلافاً ، والفرق ما أشار إليه ابن القاسم كما ذكرناه ؛ لأن مانعية النكاح والدين مانعية محققة ، ألا ترى كيف اتفق عليها دون المرض .

وَلَوْ وُهِبَ له عَلَى هَذِه الأَحْوَالِ فَفِي إِفَاتَتِهَا الرُّجُوعَ قَوْلانِ

أي : لو وهب له وهو مزوج أو مديان أو مريض فقـال ابن الماجشون : لا رجوع لها ، وقال أصبغ : له الرجوع .

اللخمي : قول ابن الماجشون ليس بحسن ، وهكذا قال ابن عبد السلام : الأقرب صحة الاعتصار ؛ لأن الموهوب له لم يدخل أحداً في عهدته بسبب الهبة .

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٤/٥٩) .

وَتَغَيُّرُ الأَسْوَاقِ لا يُفِيتُ

هكذا نقل الباجي[١] عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ .

ابن راشد : ولا يختلف فيه .

وَفِي زِيَادَةِ عَيْنِهَا وَنُقْصَانِهَا قَوْلانِ

أي : وفي تفويت الرجوع في الهبة بزيادة عينها ككبر الصغير وسمن الهزيل وانقضائها بعيب قولان ، مطرف وابن الماجشون : لا يفيت ، وأصبغ : يفيت .

الباجي[٢] : وهو القياس من قول مالك وابن القاسم ، واختار اللخمي أنه لا يفيت في النقص ، قال : لأن مضرته على الواهب بخلاف الزيادة إلا أن يكون الأب هو المنفق على العبد وبماله نما .

اللخمي : فإن كانت أمة فزوجها كان له أن يعتصرها على أحد القولين ؛ لأن التزويج عيب ، مالك وابن القاسم : وإن كانت العطية دنانير فضربها حلياً فليس له اعتصاره ، وكذلك قال ابن الجلاب إذا خلط الدنانير بمثلها ، واستقرأ من «المدونة» خلافه .

وَلَوْ وَلَدَتِ الأَمَةُ لَمْ يُعْتَصَرِ الْوَلَدُ ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ : إِلا بِفَوْرِ الْوِلادَةِ

(لَمْ يُعْتَصَر) أي : وتعتصر الأم ، وقد تقدم أن اللخمي ذكر أن مجرد التزويج يمنع الاعتصار على أحد القولين ، وقال اللخمي : **(إِلا بِفَوْرِ الْوِلادَةِ)** أي : فيعتصر الولد ، وما ذكره من اعتصار الأم بعد الولادة وقع لمالك في كتاب المدنيين ، اللخمي : ولم يبين هل الولد من زوج أو من زنى .

وَالْحَمْلُ مِنْهُ يُفِيتُ ، وَفِي مُجَرَّدِ الْوَطْءِ قَوْلانِ

أي : وإذا ولدت من الولد فات الرجوع ؛ لأنها صارت أم ولد ، وفي معنى ذلك لو كاتبها أو دبرها أو أعتقها إلى أجل .

واختلف في مجرد الوطء ، فمذهب «المدونة» وهو قول مالك وابن القاسم وأكثر الأصحاب يفيت وإن كانت ثيباً .

وقال المغيرة : لا يفيت وبه قال ابن الماجشون ، قال : وتوقف حتى تستبرأ فإن حملت

---

(١) « المنتقى » (٨/١٧) .

(٢) « المنتقى » (٨/١٧) .

بطل الاعتـصار ، وعلى الأول فلو خـلا الابن وادعى الوطء لم يعتـصر ، قالـه يحيى بن عمر.

ابن عـبد السـلام : والأقرب أن الخلاف مقـصور على وطء الثيب وأن وطء البكر يتفق على التفويت به .

الثَّاني : مَا يَقْصِـدُ به التَّقَرُّبَ إِلَى اللهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ صِلَةِ رَحِمٍ أَوْ لِفَقِـيرٍ أَوْ يَتِيمٍ أَوْ نَحْوِهِ فَلا اعْتِصَارَ فِيهِ لأَبٍ وَلا لأُمٍّ وَلا لغَيْرِهِمَا لأَنَّهُ صَدَقَةٌ ...

أي : الثاني من قـسمي القسم الأول وهو المودة ؛ يعني : مـا قصد به التـقرب إلى الله تعالى من صلة الرحم أو صلة لفقـير أو يتيم ونحوهما مما يدل على قـصد التقرب إلى الله تعالى به ، فلا رجوع في ذلك لأب ولا لأم ؛ لأنه صـدقة ، وقد ورد النهي عن العود في الصدقة .

واختلف إذا اشترط الرجوع في الصدقة ، فـقيل : لا رجوع ؛ لأن سنتها عدم الرجوع والذي قاله الباجي في «وثائقه» وابن الهندي : أن له ذلك .

ابن الهندي : قال فضل : سنة الصدقة عدم الرجوع ، قيل : وسنة الحبس عدم الرجوع وإذا اشترط المحبس بيعه كان له شرطه .

فرع :

ويلحق في الصـدقة في عـدم الارتجاع مـا لو وهب هبـة لوجه الله الكريم ، قـاله ابن الماجشون مـثل أن يكون له ابن أو ابنة محتاجاً فـقيراً في حجره أو كبـيراً بائناً عنه ، وقال مطرف : من وهب هبـة لله أو لوجه الله فلـه الاعتـصار ، وبالأول جـرى العمل وبقـول مطرف تعلم أن ما حكاه بعضـهم من الاتفاق على عدم الرجوع في الهبـة إذا أريد بها وجه الله ليس بجيد .

وَلا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا بِوَجْهٍ إِلا بِمِيرَاثٍ

الضمير في (تملكها) عائد على الصدقة ، وظاهر قوله : (**وَلا يَنْبَغِي**) الكراهة وهو ظاهر المدونة لقوله في الزكـاة : (وأكره للرجل شراء صدقته) ، والأصل فيه قوله عـليه السلام لعمر في الفرس الذي تصدق به : «**لاَ تَشْتَرِهِ وَلَوْ أَعْطَاكَهُ بِدِرْهَمٍ**»(١) .

---

(١) أخرجه البخاري (١٤١٩) ومسلم (١٦٢٠) من حديث عمر - رضي الله عنه.

اللخمي : ومشهور المذهب حمل النهي على الندب ، وحمله الداودي على التحريم .

وتخصيصه الصدقة يدل على الجواز في الهبة وهو قول مالك في «الموازية» ، وكره ذلك عبد الوهاب في الصدقة وأنه لا يشتريها ممن حصلت له من المتصدق عليه .

وَلا يَأْكُلُ مِنْ ثَمَرِهَا وَلا يَرْكَبُهَا

قال في «المدونة»(١) : ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها ولا ينتفع بشيء منها ، وأما الأب والأم إذا احتاجا فينفق عليهما ما تصدقا على الولد .

وفي «المدونة» (٢) أيضاً : ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية [فتبعتها](٣) نفسه فلا بأس أن يقومها على نفسه ويشهد ويستقصي للابن ، وفرض المسألة في «العتبية» في العبد.

ابن رشد(٤) : وهو في الجارية أعذر .

وقال ابن المواز : للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشري من لبنها ويكتسي من صوفها إذا رضي الولد وكذلك الأم .

محمد : وهذا في الولد الكبير ، وأما الصغير فلا يفعل ، قاله مالك .

وقوله : (**وَلا يَأْكُلُ مِنْ ثَمَرِهَا وَلا يَرْكَبُهَا**) ظاهره أنه لا ينتفع مطلقاً ، وفي «الرسالة»(٥): ولا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به .

أبو الحسن : وظاهره خلاف «المدونة».

وفي «المعونة»(٦): إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره .

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١١٣) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٢٠) .

(٣) في ط : تبعها .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٣/ ٣٦٢) .

(٥) « الرسالة » (ص ١١٨) .

(٦) « المعونة » (٢/ ٤٩٨) .

وقـيل : معنى مـا في «الرسـالة» إن كان بحـيث لا ثمن له ، وقـيل : يحمل مـا في «الرسالة» على ما ذكره ابن المواز وقد تقدم .

وقال ابن عبـد السلام : يعني لا ينتفع بما تصـدق برقبته ، وأنه إذا تصـدق بحائط فلا يأكل من ثمـره وإذا تصدق بدابة فلا يـنتفع بركوبهـا ، وفي ذلك قولان أشـهرهمـا الجواز لحديث العرايا ، وقال عبد الملك : لا ينتفع بذلك .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن الجواز خلاف ظاهر «المدونة» .

وَأَمَّا الْمُطْلَقُ فَيُحْمَلُ عَلَى مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْه

هذا هو القسم الثاني من أصل تقسيم الهبة حيث قال : **(وَالْهِبَةُ قِسْمَانِ)** .

وسمي مطلقاً ؛ لأنه لم يقيد بنفي ثواب ولا بوجوده فيحمل على ما يتفقان عليه ، فإن اتفق الواهب والموهوب له على الثواب أو على عدمه عمل عليه .

وَإِذَا اخْتَلَفَا حُكِمَ بِالْعُرْفِ مَعَ الْيَمِينِ فَإِنْ أَشْكَلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ مَعَ يَمِينِه

نحوه في «الجواهر»[(١)] و «الجلاب»[(٢)] ، ولفظ الجلاب : ومن وهب هبة مطلقة وادعى أنه وهبها للثواب نظر في ذلك وحمل على العرف فـيه ، فإن كان مثله يطلب الثواب على هبته قبل قوله مع يمينه ، وإن كان مثله لا يطـلب الثواب على هبته فالقول قول الموهوب له مع يمينه ، وإن أشكل ذلك واحـتمل الوجهين فالـقول قول الواهب مع يمينه وألزمـه اليمين سواء شهد العرف أم لا .

عياض : وهكذا في بعض نسخ «المدونة» ذهب ابن زرب وأبو عمران إلى نفي اليمين إذا شهد له العرف .

وفي «المقـدمـات»[(٣)]: وإن لم يتبين أنه أراد بهبـته مجرد الثواب دون مكافـأة أو قصد الوجهين جميعاً ، وذلك مثل هبة النظراء والأكفاء من أهل الوفر والغنى .

فــفي «المدونة»[(٤)] : القول قـول الواهب ، واختلف الشيوخ في تأويلهـا هل بيمين أو

---

(١) « الجواهر » (٣/ ١١١) .

(٢) « التفريع » (٢/ ٣٧٠) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ١١٢) .

(٤) « المدونة » (١٥/ ١٤٠) .

بغيرها، قال : وأرى أنه على ثلاثة أوجه : إن قال الواهب : أردت الثواب ولم أشترط ، فعلى الخلاف في يمين التهمة وله الثواب ، وأما على القول الذي لا يوجب عليه اليمين في التهمة فلا يحلف بوجه ، وإن قال : اشترطت عليك الثواب ، وقال الموهوب له : بل بينت ألاَّ ثواب ، فالقول للواهب مع يمينه بنفي الثواب وذلك راجع إلى الموهوب أو الموهوب له ، فالأولى كهبة الدنانير والدراهم فالهبة مردودة .

وقال في «المختصر» : لا ثواب له إلا أن يكون لذلك وجه كالسبائك والحلي المكسور فإن ابن القاسم نص على نفي الثواب فيهما ، وجعل ابن القاسم الحلي الصحيح مما يثاب عليه خلافاً لأشهب ، والثاني كهبة أحد الزوجين للآخر فإنه لا ثواب بينهما على مذهب «المدونة»[1] ، ففيها : ولا يقضى بين الزوجين بثواب ولا بين ولد ووالده إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم ؛ كالزوجة تهب لزوجها جارية فارهة تسألها إياه لما تستجلبه من صلته ، أو الزوج يهبها والابن لما يستقر من أبيه ، فلذلك حكم بنفي الثواب ولو اشترطا ثواباً لزمهما، وكذلك نص فيه على الهبة في حق الأقارب أنه لا رجوع إذا علم أنه لا يريد الثواب ، وأنَّى له الثواب إن علم أنه أراده .

وحكى في «المقدمات»[2] في الأقارب والزوجين قولين :

الأول : أنه لا يصدق في الثواب إلا أن يشترطه ، وروي عن مالك أيضاً وبه قال ربيعة والليث .

والثاني : أنه يصدق وإن لم يظهر ما يدل على صدقه ، حكاه صاحب «المعونة»[3] وكهبة الطعام ، ونحوه للقادم في سفر ، ففي «المدونة»[4] : وإذا قدم غني من سفره فأهدى له [جاره][5] الفقير الفاكهة والرطب وشبهه ثم قام يطلب الثواب فلا شيء له ، ولا له أخذ هبته وإن كانت قائمة بعينها .

وقال ابن عبد الحكم : يجب الثواب في المهدى للمسافر .

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/٤٢٩) .

(٢) « المقدمات » (٢/١١٣) .

(٣) « المعونة » (٢/٤٩٧) .

(٤) « تهذيب المدونة » (٣/٤٢٩) .

(٥) سقط من ط .

اللخمي : وهو أبين والشأن الثواب ؛ لأن الناس على ضربين : منهم من لا يتكلم على ذلك وإن لم يطلب فهـما إن وقع بينهـما بعد ذلك مقـابحة على الهـبة لم يكن له شيء ، ومنهم من يتكلم على الثواب فيقضى له به .

ونص ابن العطار على أنه يقضى بالثـواب فيما يهدونه في إعسـارهم من الجزاف ونحو ذلك .

الباجي(١) : قضى قضاة بلدنا : فيقضى للمهدي بقيمة الكباش [حيث قبضها المهدى إليه إن كانت مجـهولة الوزن](٢)وبوزنها إن علم وزنها ويقاصـه بما أكل عنده ومن جاء معه ، وكهبة غني لفقـير أو فقير لغني فلا يصدق في الثواب إذا لم يشـترطه ، بخلاف هبة الغني لغني أو فقير لفقير فيصدق في الثواب ، قاله في «المدونة»(٣) .

وَلا يَلْزَمُ الْمَوْهُوبَ إِلا قِيمَتُهَا قَائِمَةً أَوْ فَائِتَةً ، وَقَالَ مُطَرِّفٌ : لِلْوَاهِبِ أَنْ يَأْبَى إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً ...

يعني : أن هبة الثواب إن فاتت لم يلزم الموهوب إلا قيمتها ، وإن كانت قائمة فالمشهور أن الموهوب له إذا دفع قيمتها لزم الواهب قبولها .

وقال مطرف : له أن يمتنع من قبول القيمة وأكثر ؛ لأنه لو أراد قيمته أو أكثر لباعها في السوق ، وللموهوب له أن يردها إلا أن تفوت .

واختلف بما تفوت في حق الموهوب له حتى تلزمه القيمة على أربعة أقوال :

أولها : القبض ، رواه ابن الماجشون عن مالك .

ثانيها : حوالة الأسواق ، وهو قول ابن القاسم في «الموازية» .

ثالثها : الزيادة أو النقصان ، قاله ابن القاسم في «المدونة» .

الباجي(٤) : وهو المشهور .

ورابعها : النقص فقط ، رواه عيسى عن ابن القاسم في «العتبية» .

---

(١) « المنتقى » (٨/ ٢٣) .

(٢) سقط من ط .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٢٩) .

(٤) « المنتقى » (٨/ ٢٣) .

واختلف أيضاً في فواتها بالنسبة إلى الواهب حتى تلزمه القيمة على خمسة أقوال :

أولها : مجرد الهبة على قول محمد الذي يقول : إنه يلزمه دفع الهبة وإن لم يقبض الثواب .

ثانيها : القبض وهو المشهور .

ثالثها : التغيير بالزيادة والنقصان في كتاب الشفعة من «المدونة» .

رابعها : النقصان فقط ، قاله أشهب .

خامسها : لا تفوت إلا بذهاب عينها أو العتق ونحوه ، فإن تلف بعضها فللآخذ الباقي، قاله مطرف .

ومن هذا المعنى اختلافهم متى تكون القيمة ؟ فلمالك قولان : يوم القبض ، ويوم الهبة، ومذهب محمد واختيار محمد يوم القبض ، فعلى أن ضمانها من البائع تكون القيمة في السلعة الموهوبة يوم القبض ، وعلى القول بأن ضمانها من المبتاع تكون القيمة قيمتها يوم الهبة ، وهو اختيار ابن القاسم وابن المواز ، وهذا على القول بأن للواهب أن يمسك هبته حتى يأخذ الثواب وعلى القول بأنه ليس له أن يمسكها ويلزمه دفعها بخلاف البيع بضمانها بعقد الهبة من الموهوب له ولا يدخلها ما يدخل المحبوسة بالثمن ، انتهى .

والقول بأنه يحبسها حتى يأخذ الثواب هو مذهب «المدونة»، ومقابله لمحمد وعلل ذلك بأنها مبنية على المكارمة .

وَفِي تَعْيِينِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ثَالِثُهَا لابْنِ الْقَاسِمِ : إلا فِي الْحَطَبِ وَالتِّبْنِ وَشِبْهِهِ

القول بتعيين الدنانير والدراهم لأشهب ، والقول بأنها لا تتعين ويلزم الواهب قبول ما دفعه الموهوب له مما فيه وفاء بالقيمة لسحنون .

والثالث لابن القاسم : لا تتعين ولا أن يثيبه ما شاء إلا ما كان كالحطب والتبن والعبد والمخدم ما لم تجر العادة أن يثاب بمثله وهو الأقرب ؛ لأن العرف كالشرط ، وهل يعتبر فيما بين الهبة وعرضها السلامة من الربا ؟ اعتبر ذلك في «المدونة» فمنع أن يعرض من الحلي دراهم ومن الطعام طعاماً مخالفاً ومن الثياب ثياباً أكثر منها من نوعها ، وأجاز في «الموازية» كثيراً من هذا المعنى .

وَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي الثَّوَابِ بَعْدَ تَعْيِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ

لأنه التزمه بعينه .

وَإِذَا صَرَّحَ بِالثَّوَابِ فَإِنْ عَيَّنَهُ فَبَيْعٌ

كما لو قال : أهبها لك بمائة دينار ، ولا خفاء فيه ، وقال : (بَيْعٌ) ولم يقل بـ«جائز» ؛ ليعلم أنه يشترط في ذلك شروط البيع كالرد بالعيب .

وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ فَصَحَّحَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ

أي : وإن وهبه بشرط الثواب ولم يسمِّه فأجازه ابن القاسم في «المدونة» وقاله أصبغ .

البـاجي[1] : وهو أولى ؛ لأن العرف كالشرط ، ولأنه مبني على المكارمة ، فلما أخذ شبهاً من ناحية المعروف لم يحتج إلى حيازة .

وقوله : (وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ) هو ابن الماجشون ؛ أي : لأنه كبائع سلعة بقيمتها ، وذلك جهل بالثمن .

---

(١) « المنتقى » (٨/ ٢٤) .

كتاب اللقطة

اللُّقَطَةُ : كُلُّ مَالٍ مَعْصُومٍ مُعَرَّضٍ لِلضَّيَاعِ فِي عَامِرٍ أَوْ غَامِرٍ

اللقطة - بفتح القاف وضم اللام - ما التقط ، هكذا استعمله الفقهاء ، وقياس هذا أن يكون ممن يكثر منه الالتقاط كالهمزة والضحكة ، وفسرها الزبير على الأصل : اللقطة -بفتح القاف وسكونها- ما التقط ، وحكى ابن الأثير القولين ، قال : والأول أصح .

عياض : الالتقاط وجود الشيء من غير طلب ، وقول المصنف : **(كُلُّ مَالٍ... إلخ)** كلية تعرف به اللقطة ، واحترز بالمعصوم من غيره كمال الحربي وبمعرض للضياع مما هو في حفظ ، والغامر - بالغين المعجمة - ضد العامر ، ولا يقال تخرج منه الشاة الملتقطة في الصحراء لأنها غير معصوم ، إذ لآخذها أكلها من غير ضمان ، لأنا نقول : المراد بالمعصوم في الأصل والشاة كذلك ، ولأن إطلاق اللقطة عليها مجاز .

وَلا يَلْتَقِطُ الإِبِلَ فِي الصَّحْرَاءِ

لما في «الموطأ» و «الصحيحين» : سئل عليه السلام عن لقطة الذهب والفضة فقال : **«اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستبقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدِّها إليه »** ، وسئل عن ضالة الإبل فقال : **« ما لك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتشرب الماء حتى يجدها ربها »** ، وسأله عن الشاة فقال : **«خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»**(١) .

وفي رواية حماد بن سلمة عند مسلم : **« فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك »** .

وعنده أيضاً من حديث سفيان وزيد بن أنيسة وحماد بن سلمة في حديث آخر : **« فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطها إياه »**(٢) .

وقوله : **«وسقاءها»** هي استعارة لصبرها عن الماء كمن حمل معه سقاء ، والحذاء - بالحاء المهملة والذال المعجمة ممدوداً - ما وطأ عليه البعير من خف والفرس من حافر ، قاله الجوهري(٣) وعياض ، وهي استعارة لصبرها على المشي كمن لبس الحذاء .

---

(١) أخرجه مالك (١٤٤٤) والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢) .

(٢) أخرجه مسلم (١٧٢٣) .

(٣) « الصحاح » (١/ ١١٩) .

وأشار ابن شهاب إلى أن الإبل لم تزل على ما ذكـره في الحديث من عدم التقاطها إلى زمان عثمـان رضي الله عنه فأمر بتعريفها ثم تـباع ، فإن جاء صاحبهـا أعطي الثمن لفساد الناس حينئذ ، واختلف هل تلتقط حين لا يؤمن عليها السباع ؟

مالك وابن القـاسم وأشهب : إن كان الإمام عدلاً أخذت ودفعت إليـه ليعرفها ، وليس للملتقط أكلها ولا بيعها ، فإن لم تعرف ردها حيث وجدها .

ابن القـاسم : وهو رأي على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، قـال مالك مرة فيمن وجد بعيراً ضالاً : فليأت به الإمام يبعه ويجعل ثمنه في بيت المال .

وقال في «مدونة أشـهب» : يباع ويوقف ثمنه حتى يأتي ربه ، فـإن يئس منه تصدق به عنه كـما جاء عن عـثمـان رضي الله عنه ، قالوا : وإن كـان الإمام غـير عدل لـم تؤخذ وتركت مكانها ، انتهى .

وفي «المقدمات»[1] بعد أن ذكر عدم التقاط الإبل : قيل : إن ذلك في جميع الأزمان ، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» و «العتبية» .

وقيل : بل هو خـاص بزمان العدل وصـلاح الناس ، وأما في الزمـان الذي فسد فـيه الناس فالحكم فيه أن تؤخذ وتعرف ، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها ، فإن لم يأت ويئس منه تصدق به عنه على ما فعله عثمان رضي الله عنه .

ابن عبد السلام : وصحيح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقاً .

وقوله : **(فِي الصَّحْرَاءِ)** نحوه في «المدونة» فيحتمل ألا يكون له مفهوم ، وأنه خرج مخـرج الغالب ، ويحـتمل أن يكون له مفـهوم وهو مـحتمل للمـوافقـة ؛ لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم ضياعها فامتناعهـا حيث لا يتوهم ضياعها أولى ، ومحتمل للمخالفة فيكون معناه أنها تلتقط في العمران لسهولة وجدان ربها له بخلاف ما إذا نقلها من الصحراء إلى العمارة فلا يتأتى معرفة ربها ، ولأنها في العمران لا تجد ما تأكل فتهلك .

ابن عبد السلام : والأول أسعد لظاهر المذهب ، والثاني أقرب إلى لفظه ، وإلا لقال لا تلتقط الإبل وسكت عن الصحراء .

---

(١) « المقدمات » (١٣٧/٢) .

وفِي إِلْحَاقِ الْبَقَرِ وَالْخَيْلِ والْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ثَالِثُهَا لابْنِ الْقَاسِمِ : تُلْحَقُ الْبَقَرُ دُونَهَا

القول بالإلحاق لأشـهب ، قال : لا تؤخذ البقر والبـغال والحمير ، وإن أخذها عـرفها سنة ثم تصدق بها .

وقال ابن شعبان : لا تلحق البقر وتؤكل ، وعلى هذا فـتلتقط الخيل والحمير ويعرف ما قاله في «المدونة» .

والثالث مذهب «المدونة» ، قـال فيها[1] : وضالة الإبل إن كانت بموضع يخـاف عليها فهي كـالشاة وإن كانت بموضع لا يخـاف عليها مـن السباع والذئاب فكالإبل ، فـإن وجد الخيل والبغال والحمير فليعرفها ، فإن جاء ربها أخذها ، وإن لم يأت تصدق بها .

وَيُلْتَقَطُ الْكَلْبُ ، وَالْمَتَـاعُ بِسَاحِلِ الْبَحْرِ ، وَالْمَطْرُوحُ خَوْفَ الْغَـرَقِ ، وَبِالْفَلاةِ لِعَدْمِ الرَّاحِلَةِ لأَرْبَابِهَا وعَلَيْهِمْ أُجْرَةُ مِثْلِهِ ....

يريـد : المأذون في اتخاذه ، وأما غـيره ففي «المدونة»[2] : لا شيء على قـاتله فكيف يلتقط .

وقـوله : **(لأَرْبَابِهَـا)** قد تقدم في هذا خلاف في باب الزكـاة وعليهم أجرة حمله إن شاؤوا أخذه وإن شاؤوا تركه لواجده لم يلزمهم شيء .

وَالالْتِـقَـاطُ حَـرَامٌ عَلَى مَنْ يَعْلَـمُ خِيَـانَةَ نَـفْسِه ، وَمَـكْرُوهٌ لِلْخَـائِف ، وَفِي الْمَـأْمُـونِ الاسْتِحْبَابُ ، وَالْكَرَاهَةُ ، وَالاسْتِحْبَابُ فِي مَا لَهُ بَالٌ ، والوُجُوبُ إِنْ خَافَ عَلَيْهَا الْخَوَنَةَ

يعني : أن حكم اللقطة يختلف بحسب الملتقط ، وجعل الأقسام ثلاثة :

أولها : أن يعلم من نفسه الخيانة إن أخذها فيكون التقاطه عليه حراماً .

وثانيـها : أن يخاف على نفسه أن يستقـرئ الشيطان أن يأخذها ولا يتحقق ذلك فيكون التقاطه له مكروهاً .

وثالثها : أن يثق بأمانة نفسه ، ثم قسم هذا على قسمين :

الأول : أن تكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليه الخونة .

---

(١) « المدونة » (١٥/١٧٦) .
(٢) « المدونة » (١٥/١٧٦) .

والثـــاني : أن يخاف عليها ، فإن خافهم وجب علـيه الالتقاط لقدرته على حفظ مال أخـيـه ، وحكى على ذلك الاتفـاق ، وإن لم يخف فـثـلاثة أقـوال وهي كلهـا لمالك : الاستحباب لأن تعريفها ينبه لها ربها ، والكراهة لأن صاحبها قد يأتي إليها ويذكر موضعها فيأتي إليه فإذا لم يجدها لا يطلبها .

وقوله في القول الثالث : (**الاسْتِحْبَابُ فِي مَا لَهُ بَالٌ**) فتركه أفضل .

وقيد ابن رشد[1] هذا الخلاف بأن يكون الإمام عدلاً ، وإن كان الإمام غير عدل وكانت بين قوم مأمونين فالاختـيار ألا يأخذها اتفاقاً ، وإن كانت بين قوم غير مـأمونين فيخير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الطرفين .

فَإِنْ أَخَذَهَا لِيَحْفَظَهَا ثُمَّ رَدَّهَا ضَمِنَ

قال : (**لِيَحْفَظَهَا**) ؛ لأنه لو أخذها ليسأل عنها من بين يديه لم يضمن كما في «المدونة» في واجد الكسـاء بأرفقة فـأخذها وصاح : أهذا لكم ؟ فـقالوا : لا ، فرده ، قـال : قد أحسن في رده ولا يضمن .

عياض : ولا خلاف في مسألة الكساء إذا ردها في الحين .

وقـوله : (**ثُمَّ رَدَّهَا ضَـمِنَ**) ظاهره سواء ردها في القـرب أم لا ، أما إن لم يردها عن قرب فمذهب ابن القـاسم أنه يضمن وإليه ذهب عبد الوهاب ، وقـال أشهب : لا ضمان عليه وإن مكث في يده ، وأما إن ردها بالقرب ففيه أيضاً خلاف .

لكن اختلـف تأويل الشيوخ هل يوافق ابـن القاسم قول أشـهب هنا أو يقال بالضـمان مطلقاً ؟

وَهِيَ أَمَانَةٌ مَا لَمْ يَنْوِ اخْتِزَالَهَا فَتَصِيرُ كَالْمَغْصُوبَةِ

يـعني : فيضمن ولو فاتت بسماوي ، ويصدق ولا يلزمـه الإشهاد عليها حالة التقاطها خلافاً لبعض الحنفية .

---

(١) « المقدمات » (١٥/ ٣٥٤) .

وَيَجبُ تَعْرِيفُـهَا سَنَةً عَـقِبَهُ فِي مَظَانِّ طُلابِهَـا فِي الْجَوَامِعِ وَالْمَـسَاجِد وَغَـيْرِهَا فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَة بِنَفْسه أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِه ، أَوْ يَسْتَأْجِرُ مِنْهَا إِنْ كَانَ مِثْلُهُ لا يُعَرِّفُ ....

(عَـقِبَـهُ) أي عقب الالتقـاط ، وظاهره لو أخر التعريف لضـمن ، وفي اللخمي : إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها ، انتهى .

وينبغي ألا يتقـيد بالسنة ، وقوله : **(فِي الْجَـوَامِعِ)** ؛ هو بدل من قـوله : **(فِي مَـظَانِّ طُلابِهَـا)** وظاهره أن التعريف يكون فيهـا ، ولعل ذلك مع خفض الصوت ، ويحتمل أن يكون على حـذف مضاف ، أي في باب الجـامع والمساجـد وهو أحسن ، أمـا أولاً فلأنه كذلك في «المدونة» وغيرها .

وأما ثانياً فلأن في مـسلم عنه عليه السلام : «**من سمع رجـلاً ينشد ضالة في المسـجد فليقل : لا ردها الله عليك ، فإن المساجد لم تبن لهذا**»[(١)] ؛ ولهذا قال مالك في «العتبية»[(٢)] لا أحب تعريف اللقطة في المساجد .

فرع :

وإن وجدها بين مدينتين عرفها فيهما .

ابن القاسم : وإن وجدت بقرية ليس فيها إلا أهل الذمة فليدفع لأحبارهم .

وقوله : **(فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَة)** أي : مرة ، هكذا روى ابن نافع عن مالك .

ابن عبد السلام : وينبغي أن يكون أكثر من ذلك في أول تعريفه .

اللخمي : واختلف عن مالك هل يسمي جنس اللقطة إذا أنشدها أو لا يسمي أحسن ، ويلفق ذكرها مع غيرها ؟

وهو مخير بين أربع : بين أن يعـرفها بنفسه أو يدفعـها إلى السلطان إذا كان عدلاً ، أو إلى مأمون يقوم مقامه أو يستأجر منها من يعرفها فجائز أن يعرفها للحديث ، وأجاز له في «المدونة» أن يدفعهـا إلى السلطان ، وأجاز ابن القاسم في «العتـبية» أن يدفعـها إلى المأمون يعرفها ، وأجاز ابن شعبان أن يستأجر منها عليها يريد إذا لم يلزم تعريفها وكان مثله لا يلي

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٦١) .

مثل ذلك ، يعني فـإن كان مثله ممن يتـولى ذلك لم يستأجـر عليها إلا من مال نفـسه لأنه بالتقاطه كالملتزم لتعـريفها ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله : (**بِنَفْسِـهِ أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِهِ إِنْ كَانَ مِثْلُهُ لا يُعَرِّفُ**) .

فإن قلت : لم جاز له هنا أن يستنيب فيها ولم يجز في الوديعة والمقصود فيهما الحفظ ؟

قيل : رب اللقطة لم يعن الملتقط الحفظ بخلاف المودع .

ابن كنانة : وإذا دفعها لغيره وقال له: اعمل بها ما شئت .

البـاجي (١): وقد أعلمه أنها لقطة فإن ادعى الملتقط ضياع اللقطة فقال ابن القاسم : لا شيء عليه ، وقال أشهب وابن نافع : عليه اليمين .

أشهب : وإن ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول لملتقطها: إنه أخذها للتعريف بلا يمين ، والله أعلم .

وَلَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَـا بَعْدَهَا أَوْ يَتَصَـدَّقَ بِهَا ضَامِناً لهَا ، قَـالَ الْبَاجِيُّ : إِلا مَكَّةَ فَلا تُمَلَكُ لُقَطَتُـهَا لِلْحَدِيث ، وَالْمَذْهَبُ خِلافُهُ ، أَوْ يُبْقِيهَا أَمَانَةً

أي : وللملتـقط أن يتملك اللُّقَطَة بعـد سنة أو يتـصدق بها ضـامناً لهـا ، أي إن جاء صاحبها فظاهر كلامه أنه مخير ، وبذلك صرح في «الجلاب»(٢) .

ابن عبد السلام : ونصوص المذهب على رجوحية التمليك ، وربما وقع المنع من ذلك ؛ لأن المراد من الملتقط أن يتصرف فيها ، انتهى .

قـيل : وظـاهر «المدونة»(٣) الكراهة لقوله : لا آمـره بأكلها قلَّت أو كثرت ولا يـتجر باللقطة بالسنة ولا بعد السنة أيضاً كالوديعة .

وقال ابن القصار : يكره أن يملكها غنياً أو فقيراً فإن أكلها جاز .

اللخـمي : وقال ابن شعبان : له ذلك إن كان غنياً بمثلها ، وقال ابن وهب : إن كانت قليلة وكان فقيراً أكلها .

---

(١) « المنتقى » (٨/ ٥٥) .

(٢) « التفريع » (٢/ ٣٩٦) .

(٣) « المدونة » (١٥/ ١٧٣) .

والذي يقتضيه قول ابن القاسم في «المدونة» أن له أن يستمتع بها غنياً كان أو فقيراً، وذكر في «الاستذكار»[١] أن تحصيل المذهب جواز الأكل للفقير والغني، وقال: وعليه يناظر أصحابه للحديث: «**شأنك بها بعد السنة**»[٢] ولم يفرق بين الفقير والغني.

وقوله: (**قَالَ الْبَاجِيُّ: إِلا مَكَّةَ**) **ابن عبد السلام**: نحوه للّخمي وابن رشد وابن العربي ومذهب الداودي.

والحديث المشار إليه في الصحيحين أنه عليه السلام قال: «**لا تحل لقطتها إلا لمنشد**»[٣] يعني: على الدوام، وإلا فلا فائدة لتخصيصه، قاله الباجي[٤]، وحفظ هؤلاء للمذهب معلوم، غير أن ابن القصار حكى عن المذهب كما حكى المصنف، وأيا ما كان فموافقة الحديث واجب لصحته، وهو خاص وغيره من أحاديث هذا الباب عام.

خليل: وفيما حكاه اللخمي نظر؛ لأن الذي فيه بعد ذكر نقل ابن القصار: ومذهب الشافعي أبين للحديث وللقياس وليس في هذا الاختيار مذهب الغير فاعلمه.

وقوله: (**أَوْ يُبْقِيَهَا أَمَانَةً**) هو معطوف على أول المسألة وهو قوله: (وله أن يتملكها بعد أو يتصدق بها).

وَأَمَّا التَّافِهُ فَلا يُعَرَّفُ

يعني: أن التعريف بالسنة يختص بالكثير، وأما القليل الذي لا يفسد فإن كان تافهاً لا قدر له بحيث يعلم أن صاحبه في العادة لا يتبعه لقلته فلا يعرف أصلاً.

قال في «البيان»[٥]: [كالعصا][٦] والسوط وشبه ذلك لما صح من حديث أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام مر بثمرة بالطريق فقال: «**لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها**»[٧].

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٢٤٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (١١٢) ومسلم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه.

(٤) «المنتقى» (٨/ ٥٦).

(٥) «البيان والتحصيل» (١٥/ ٣٥٠).

(٦) في ط: كالعط.

(٧) أخرجه البخاري (٢٢٩٩) ومسلم (١٠٧١).

وقال المصنف : لا يعرف ؛ لأنه يؤخذ منه أنه لا ضـمان عليه ، ولـم يقل فله أكله لأنه لا يلزم من الأكل نفي الضمان .

وَأَمَّـا مَـا فَوْقَـهُ مِنْ نَحْـوِ مِـخْـلاةٍ وَدَلْوٍ فَـقِـيلَ : يُعَـرَّفُ أَيَّامَ مَظَنَّةِ طَلَبِـهِ، وقِـيلَ : سَنَةً كَالْكَثِير....

(فَوْقَهُ) أي : فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه .

ابن رشد : ولا خلاف في وجوب تعريفه ، إلا أنه يختلف في حده فقيل : سنة كالذي له بال وهو ظاهر رواية ابن القاسم في «المدونة» ، وقـيل : لا يبلغ به الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه في «المدونة» .

وروى عيسى عن ابن وهب في «العتبية»[1] في مثل الدريهمات والدينار أنه يعرف بذلك أياماً ، وقال : ظاهر رواية ابن القاسم لقوله: من التقط دنانير أو دراهم أو حليا مصوغاً أو عروضاً أو شيئاً من متاع أهل الإسلام فليعـرفه سنة وإن جاء صاحبها ، وإلا لم آمره بأكلها كثرت أو قلت درهماً فصاعداً .

ابن عـبد السـلام : وتأوله بعضهم على القـول الأول من كلام المصنف وهو الذي عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم .

وَأَمَّا مَا يَفْسُـدُ كَالطَّعَامِ فَإِنْ كَانَ فِي قَرْيَةٍ أَوْ فِي رُفْقَـةٍ فِيهِ قِيمَةٌ فَثَـالِثُهَا : يَضْمَنُ إِنْ أَكَلَهُ ولا يَضْمَنُ إِنْ تَصَدَّقَ بِهَا ، وَإِلا أَكَلَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

يعـني : إن التقط ما يفسد بالتأخير كـالفاكهة واللحم ، فإن كان هذا الطعام في قرية أو رفقة له فيه قيمة فثلاثة أقوال :

الأول: يضمنها سواء أكله أو تصدق به وهو ظاهر قول أشـهب لأنه قال: يبيعه ويعرف به.

الثـاني : لا ضمان عليه مطلقاً قاله صـاحب «المقدمات» وغيره وهو ظاهر «المدونة»[2] لقوله : يتصدق به أعجب إلي فإن أكله فلا شيء عليه .

والثـالث : يضـمن إن أكله لانتفـاعه به ولا يضـمنه إن تصدق به قـاله مطرف في

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٧٣) .

(٢) « المدونة » (١٥/ ١٧٥) .

«الواضحة» ، وإن لم يكن في قرية ولا رفقة - وإليه أشار بقوله : (وإلا أكله غنياً كان أو فقيراً ولا ضمان عليه) قياساً على الشاة .

وَالشَّاةُ بِمَكَانٍ يُخْشَى عَلَيْهَا وَيَعْسُرُ حَمْلُهَا كَذَلِكَ

أي : الشاة كالطعام في التفصيل ، والخلاف بشرطين :

أولهما : أن تكون بمكان يخشى عليها كالفلوات بخلاف ما إذا كانت بقرية أو بالقرب منها فإنها تعرف في أقرب القرى إليها ، قاله في «المدونة»(١) .

وثانيهما : أن يعسر حملها إلى العمارة لقوله عليه السلام : «**هي لك أو لأخيك أو للذئب**»(٢) وعلى هذا فحكم الشاة والطعام متفق إذا وجد بالبعد مختلف إذا وجد بالقرب من العمارة إذ بها تعرف الشاة ، وتقدم أن ظاهر «المدونة» نفي الضمان .

وقال سحنون : إن أكل الشاة واجدها بالفلاة أو تصدق بها ثم جاء صاحبها ضمنها ، واختاره ابن عبد البر(٣) واستدل بقول مالك فيمن اضطر إلى طعام غيره أنه يأكله ويضمنه، وقال : والشاة الملتقطة أولى بذلك .

وإذا فرعنا على المشهور فلو ذبحها بالفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنياً كان أو فقيراً .

أصبغ : ويصير لحمها وجلدها مالاً من ماله ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يجده صاحبه بيديه فيكون أحق به ، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها وإن أتى ربها أخذها .

اللخمي : يريد ويعطيه أجر نقله ، قال في «المدونة»(٤) : ويغرم ما أنفق عليها وعلى الفقر والقياس أن لا شيء له في الشاة وإن كانت حية لأنه نقلها بعد أن ساغ له تملكها ولولا ذلك لم ينقلها .

ووقع في «العتبية» فيمن قدم بالطعام والإدام إلى العمران أنه يضمنه .

ابن يونس : فعلى هذا يضمن اللحم إن أكله خلافاً لأصبغ .

---

(١) « المدونة » (١٥/ ١٧٥) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) « الكافي » (ص / ٤٢٦) .

(٤) « المدونة » (١٥/ ١٧٥) .

وَأَمَّا مَنَافِعُهَا وغَلاَّتُهَا وَحِلابُهَا فَقَالَ مَالِكٌ : لَهُ الْحِلابُ وَلا يُتْبَعُ إِلا بِهَا وَبِنَسْلِهَا ، وَقِيلَ: إِلا أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَمَنٌ ....

هكذا في بعض النسخ وسقط من بعضها أو غلاتها ، وعلى النسختين فعطف الحلاب من باب عطف الخاص على العام .

وما نسبه لمالك رواه عنه ابن نافع في الرجل يكون في غنمه وباديته فيجد شاة بفلاة من الأرض فله حلابها ولا يتبع إن جاء ربها إلا بها وبنسلها ، قال : ويحبسها سنة فإن ذبحها قبل السنة ضمنها لربها إلا أن يخاف فوتها فيذبحها فلا شيء عليه إلا أن يقدر على بيع لحمها .

والقول الثاني لمطرف قال : أما اللبن والزبد فإما بموضع يكون لذلك ثمن فليبع ويصنع بثمنه ما يصنع بثمن لبنها ، وإن كان لربها قيام وعلوفة فله أن يأكل منها بقدر ذلك ، وإما بموضع لا ثمن له فليأكله .

مطرف : وأما الصوف والسمن فليتصدق به أو بثمنه .

وَلَهُ أَنْ يُكْرِيَ الْبَقَرَ وَغَيْرَهَا فِي عُلُوفَتِهَا كِرَاءً مَأْمُوناً ، وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ الدَّابَّةَ إِلَى مَوْضِعِهِ، ثُمَّ إِنْ رَكِبَهَا بَعْدُ ضَمِنَهَا ...

هكذا روى ابن حبيب عن مطرف وأصبغ ، وكان له أن يكري لأن علفها غير واجب ، عليه وبقاؤها كذلك يضر بها وكان من المصلحة كراؤها ، ولهذا لا يكريها إلا بقدر ما يدفع به الضرورة لا أزيد ، ويشترط أن يكون ما تكرى فيه من العمل مأموناً وكان له أن يركبها لموضعه ، لأن قوده يعسر وضمن إذا ركبها بعد ذلك لتعديه .

وَلَهُ بَيْعُ مَا يَخَافُ ضَيْعَتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ بِخِلافِ مَا لا مُؤْنَةَ فِي بَقَائِهِ

قوله : **(بخلاف)** يحتمل وجهين :

أولهما : فليس له بيعه مطلقاً .

ثانيهما : فله البيع بإذن الحاكم .

ففيه احتمال ، على أن ما ذكره المصنف لا يوجب قولاً مستقلاً بل بالتلفيق لأن مذهب ابن القاسم في «المدونة» أن اللقطة إذا بيعت بعد السنة فليس لربها إذا جاء أن يفسخ البيع

ولو بيعت بغير إذن الإمام ، ولربها أخذ الثمن ممن قبضه ، ولم يفصل مذهب أشهب في «العتبية» إن باعها بغير أمر السلطان بعد السنة فلربها نقض البيع ، والآن لم يقدر فلا شيء له إلا الثمن إن باعها خوفاً من الضيعة .

وإن باع الثياب وما لا مؤنة في بقائه ولا ضرورة له إلى ذلك فربه أحق به إن وجده بيد المبتاع ، فإن لم يجده فله إن شاء الثمن من البائع أو القيمة يوم بيعه ، قال : وكل ما بيع من هذا بأمر السلطان مضى البيع وليس لربه إلا الثمن ، فذكر المصنف حكم ما يخاف عليه الضيعة على مذهب ابن القاسم وما لا يخاف عليه على مذهب أشهب ، وليس بسديد .

وَلَيْسَ لِحَبْسِهِ إِيَّاهَا حَدٌّ إِلا عَلَى اجْتِهَادِهِ

أي : لحبس اللقطة إن كانت تحتاج نفقةً حد بل ذلك على قدر الاجتهاد وصبره على ذلك ، وهكذا قال مطرف وأصبغ في «الواضحة» ، وظاهره قبل السنة وبعدها ، وليس لحبسه بعد السنة حد .

وَرَبُّهَا مُخَيَّرٌ بَيْنَ غُرْمِ النَّفَقَةِ وَإِسْلامِهَا فِيهِ فَيَكُونُ كَالْبَيْعِ

يعني : أن ربها ليس له أخذها بغير شيء وإنما هو مخير بين أخذها ودفع نفقتها وبين إسلامها ولا يكون عليه شيء ، وهكذا في «المدونة»[1] وغيرها .

أشهب : وإن أسلمها ثم بدا له أن يطلبها فليس له ذلك ، وهذا معنى قوله : (**فَيَكُونُ كَالْبَيْعِ**) أي فليس له الرجوع ، قال في «المدونة»[2] : والملتقط أحق بالنفقة من الغرماء كالرهن.

وَيَجِبُ رَدُّهَا بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالإِخْبَارِ بِصِفَتِهَا مِنْ نَحْوِ عِفَاصِهَا وَوِكَائِهَا وَهُمَا الْمَشْدُودُ فِيهِ وَبِهِ...

أما ردها ببينة فلا خلاف فيه ، ويجب أيضاً ردها عندنا بالإخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث المتقدم ، ثم فسرهما بقوله : (**وَهُمَا الْمَشْدُودُ فِيهِ وَبِهِ**) فالأول للأول والثاني للثاني ، وهذا هو المعلوم في اللغة وعليه أكثر الفقهاء ، بل نقل صاحب

(١) « المدونة » (١٥/١٧٦) .

(٢) « المدونة » (١٥/١٧٦) .

«الاستذكار»[١] الإجماع عليه، ونقل الباجي[٢] عن أشهب عكسه ، والوكاء ممدود وقيل: مقصور، قيل: وهو غلط .

وأشار بقوله: ودفع الثيـاب بالصفة نحو عفاصها إلى أن مـا لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالإخبار بصفتها الخالصة المحصلة للعلم .

اللخمي : واختلف في دواب هل تدفع بالصفة أو لابد من البينة ، ودفع الثياب بالصفة أبين لأن الصفة فيها كالعفاص والوكاء في العين .

وَفِي اعْتِبَارِ عَدَدِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ قَوْلانِ

القول باعتباره لابن القاسم وأشـهب ، والآخر لأصبغ وعلله بأن ذكر العدد في حديث أُبي وأضرب عنه في حديث زيد بن خالد ، والأول أظهر لأن المختار زيادة قبول العدل .

وَفِي إِلْزَامِهِ الْيَمِينَ مَعَ الصِّفَةِ قَوْلانِ

المشهـور سقوطها خـلافاً لأشهب واستـقرأ من «المدونة» مثل قـوله ، والأول أظهر لأن اليمين لم يرد في الحديث ، واستحسن اللخمي أن يحلف ، فإن نكل دفعت إليه .

وَيُجْتَزَأُ بِبَعْضِ الصِّفَاتِ الْمُغَلِّبَةِ لِلظَّنِّ عَلَى الأَصَحِّ ، وَيُسْتَأْنَى فِي الْوَاحِدَةِ

أي : يكتفى ببـعض الصفات اثنتـين فصاعداً ، يدل عـلى ذلك قوله بعد ويسـتأنى في الواحـدة والأصح لأشهب ، قـال : إن عـرف وصفين ولم يعـرف الثـالث دفعت إليـه ، ومقـابله لابن عبد الحكم قال : أصـاب تسعة أعشـار الصفة لم يعطهـا إلا بمعنى واحد أن يذكر عدداً فيصاب أقل منه لاحتمال أن يكون قـد اغتيل فيه ، وما ذكره المصنف في الصفة الواحدة نحوه لأصبغ قال : فإن عرف العفاص وحده فليستأن فإن جاء أحد وإلا أعطى .

الباجي[٣] : ولا يبعد أن يكون ابن عبد الحكم يوافق أصبغ لأنه إنما امتنع من دفعها إليه إذ أخطأ بأن وصف شيئاً بغير صفته فيكون ابن عبد الحكم على ما إذا أخطأ وأصبغ على ما إذا جهل ، الباجي : وقـد اختلف على هذا قول أصبغ فـقال : إن قال في خرقـة حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود يستبرأ أمره ، ثم رجع فقال : هذا أكذب نفسه بادعائه المعرفة فلا يصدق وإنما يصدق لو أصاب في بعض وادعى الجهل في بعض .

---

(١) « الاستذكار » (٧/ ٢٥٠) .

(٢) « المنتقى » (٨/ ٥٧) .

(٣) « المنتقى » (٨/ ٥٧) .

وفي «المقدمات»(١) : إن وصف مدعي اللقطة بعض اللقطة وجهل بعضها أو غلط فيه ففي ذلك اختلاف وتفصيل ؛ فأما جهله [بالعدد](٢) فلا يضره ، إذا عرف العفاص والوكاء [وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره لجواز أن يكون قد اغتيل في شيء منها ، واختلف في غلطه فيه بالنقصان إذا عرف العفاص والوكاء](٣) فاختلف فيه على قولين ، وكذلك اختلف أيضاً إذا جهل صفة الدنانير وعرف العفاص والوكاء ، وإذا غلط في صفة الدنانير فلا أعلم خلافاً أنه لا شيء له ، وأما العفاص والوكاء إذا وصف أحدهما وجهل الآخر أو غلط فيه ففي ذلك ثلاثة أقوال .

أحدها : لا شيء له إلا بمعرفتهما جميعاً .

والثاني : يستبرأ أمره فإن لم يأت أحد بأثبت مما أتى به دفعت .

والثالث : أنه إن ادعى الجهالة استبرأ أمره وإن غلط لم يكن له شيء ، وهو أعدل الأقوال عندي .

واختلف في الاعتماد على السكة وحدها ، فقال سحنون : لا يستحقها بذلك حتى يذكر علامة غيرها ، وقال يحيى بن عمر : لا يتبين لي قول سحنون ، وأراد إذا وصف السكة وذكر بعض الدنانير إن كان فيها نقص فأصابه أن يأخذها .

اللخمي : يريد يحيى بن عمر إذا كانت دنانير البلد سككاً فإن كانت سكة واحدة لم تدفع إليه اتفاقاً .

وأشار الباجي إلى أنه ينبغي أن يكون قول سحنون مقيداً بما إذا ذكر سكة البلد ، وأما لو ذكر سكة شاذة ليست منهما فينبغي أن تدفع إليه .

وَلَوْ وَصَفَهَا اثْنَانِ بِمَا يَأْخُذُهَا بِهِ الْمُنْفَرِدُ تَحَالَفَا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ حَلَفَا ، وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا أَخَذَهَا الْحَالِفُ ....

هذا بيِّن إذا وصف كل منهما ما وصفه الآخر ، وأما لو اختلفا فعرف أحدهما العفاص والوكاء والآخر العدد والوزن فهي لمن عرف العفاص والوكاء ، قال : واستحسن أن تقسم

---

(١) « المقدمات » (١٣٨/٢) .

(٢) في ط :بالقدر .

(٣) سقط من ط .

بينهما فـإن نكل أحدهما وحلف الآخر فهي للحالف ، وإن نكلا فـقال أشهب : لا تدفع إليهما ؛ واختـار اللخمي أن تقسم بينهما كمـا لو حلفا ، ونقله في «البيان»[١] عـن ابـن حبيب .

وَلَوْ دَفَعَهَا بِصفَة أَوْ بِبيِّنَة ثُمَّ وَصَـفَهَا ثَان أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً فَلا شَيْءَ عَلَى الْمُلْتَقط ، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : إِنْ لَمْ يُشْهِدْ بِالْقَبْضِ عَلَى الْوَاصِفِ ضَمِنَ

فلا شيء على الملتقط ؛ هو مذهب ابن القاسم وأشهب ، ووجهه أنه فعل ما أمر به في الحديث سواء دفعها بصفة أو ببينة بصفة أو غيرها .

أشـهب : وإذا أقام الثاني البينة وكـان الأول أخذها بالوصف أخذها الثاني من الأول ، وقال ابن الماجشـون : إن دفعها للأول بصفـة وأقام الثاني البينة ضـمن الملتقط - إذا قال : دفعتها لمن لا أعرفه - ولم يشهد لتـفريطه ، هكذا نقل قول ابن الماجشون جماعة ، ونقص المصنف منه وقال : ودفعتها لمن لا أعرفه .

وساق صـاحب «الجواهر»[٢] قول ابن الماجـشون على أنه خـلاف وهو ظاهر كلام ابن يونس.

ابن عبد السلام : والظاهر أنه خلافه ويحتمل الموافقة .

فإن قـيل : ما قاله ابن الماجشون هنا بخلاف أصله في الوكيل المخصوص أن القول قوله في الدفع بغير بينة .

قـيل : لم يأذن له مالك اللقطة وإنما الإذن عموماً من جهة الحكم ، وأيضاً فلأن الدافع قال: دفعتها لمن لا أعرفه ولو كان الوكيل مثل لضمن ، والله أعلم .

أشهب : وإن دفعها للأول ببينة ثم أقام الثاني أيضاً بينة فهي لأولهما إذا كانت بتاريخ ، فإن لم يكن تاريخاً فـهي لأعدلهما بينة ، فإن تكافـآ كانت لمن هي في يده وهو الأول بعد يمينه أنها له ما لم يعلـم لصاحبه فيهـا حقا، فإن نكل حلف الثاني وأخـذها فإن نكل فهي الأول بلا يمين .

ابن يونس : ويحتمل على أصل ابن القاسم أن تقسم بينهما وإن حازها الأول لأنه قال :

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٧٧) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ١١٧) .

قد عرف أصله كقـوله فيمن عرف رجلاً مولى يدعيه وأقـام على ذلك بينة وأقام الآخر بينة أنه مولاه وتكافـأت فالمال يقسم بينهمـا لأنه مال قد عرف أصله ، قال غـيره : لمن هو في يده؛ وهو نحو قول أشـهب هنا ، وكذلك الحكم لو أخذ الأول بالصفة فأتى آخـر بحضرة دفعـها وتحـقق أنه لم يسمع صـفة الأول لانبـغى أن تكون للأول على قول أشـهب هنا ، ويقسم بينهما على قول ابن القاسم ، وأمـا لو دفعت للأول ثم أتى الثاني بعد حين وصفها فلا خلاف أنها للأول لاحتمال أن يكون الثاني سمع صفة الإمام .

وَلِصَاحِبِهَا أَخْذُهَا بَعْدَ السَّنَةِ حَيْثُ وَجَدَهَا

(بَعْـدَ السَّنَةِ) يؤخذ منه أن الحكم كذلك قبل السنة من باب أولى ؛ لأنه إذا كان أخذها حيث يكون للملتـقط شبهة كان لـه حيث لا يكون له شبهة أولاً ، ولما كـان هذا الاستلزام ظاهراً في قوة النظر وحسن من المصنف أن يقول أيضاً .

وقوله : **(حَيْثُ وَجَدَهَا)** أي : سواء وجدها بيد الملتقط أو بيد المبتاع منه ، سواء نوى الملتقط تملكها أو لا تصدق على نفسه أو عن ربها .

فَإِنْ وَجَـدَهَا بِيَدِ الْمُبْتَـاعِ مِنَ الْمُلْتَقِطِ لا الْمَسَـاكِينِ بَعْدَ السَّنَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَـاسِمِ : يَأْخُذُ الثَّمَنَ لا غَيْر، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ بَاعَ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ....

يعني : فإن وجدها بيد المشتري لها من الملتقط بعد السنة فقال ابن القاسم : البيع ماض ولا يأخذها وإن بيعت بغير أمر الحاكم .

وقال أشهب : كـذلك إن باعها بإذن الإمام وإلا فله نقض البيع ، وإن لم يقـدر عليها فلا شيء له غير الثمـن إن باعها خوفاً من الضيعة ، وأما إن باع الثـياب ولا مؤنة في بقائه ولا ضرورة بدا لي ذلك فربهـا أحق بها إن وجدها بيد المبتـاع ، وأما إن لم يجدها فله إن شاء الثمن من البائع أو القيمة يوم بيـعها ، هذا نص قوله ، والمصنف نقص منه فوائد كما ترى .

وقوله : **(لا الْمَسَاكِينِ)** يحتمل أن يكون التقدير لا بيد المبتاع من المساكين ، وهكذا قال ابن القاسم فـإنه قال : وإن وجدت بـيد من ابتاعـها من المساكين فله أخـذها منه ثم يرجع المبـتاع على مـن تصدق بهـا عليـهم ، وقال غـيـره : يرجع بالأقل من الثـمن الذي دفع للمساكين أو من قيمتها يوم تصدق بها .

ابـن يـونـس : مفرعـاً على قول ابن القاسم : وإن أخذها من المبـتاع من المساكين رجع المبتاع بالـثمن على المساكين إن كان له بأيديهم كـما يأخذ منهم عينهـا وإن أكلوه فأولى أن يرجع على الملتقط الذي سلطهم عليـها كما لو أكلوها ، وينبـغي أن يرجع عليه بالأقل من ثمنها أو قيمتها يوم الصدقة بها ويرجع بتمام ثمنها على المساكين لأنهم البائعون منه .

والفرق بين بيع الملتقط والمـساكين أن الملتقط جعل له الشارع التـصرف بقوله «**فـشـأنك بهـا**»[١] ولأنه يبيعه خوفاً من الضياع ، والمســاكين إنما يأخذونها على أنها ملك فللمستحق نقض بيعهم كنقض بيع المشتري في الاستحقاق .

وهذه المسألة على قول ابن القاسم مخصصة لقوله أولاً لصاحبها أخذها بعد السنة حيث وجدها ، ويحتـمل أن يكون في كلامه أولا حذف معطوف دلت عليـه هذه الصورة تقديره وله أخذها أو أخذ ثمنها ، ويحتمل أن يكون أطلق أخذها على المعنى الحقيقي - وهو أخذ عينهـا - وعلى المجاز - وهو أخذ ثمنهـا - وهو المختار عنده في كتـاب الأصول أن ذلك جائز بطريق المجاز .

فَإِنْ تَلِفَتْ بَعْدَ تَمَلُّكِهَا أَوْ تَصَدُّقِهَا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ ذَلِكَ أَوْ مِثْلُهَا

يـعـنـي : بأن أتى ربها بعد أن تلفت كلها وبعد أن تملكها أو تصدق بهـا فعليه قيمتها إن كانت مقومة أو مثلها إن كانت مـثلية يوم ذلك أي يوم التمليك أو يوم التصدق ، وضمانه في التمـليك صحيح عـلى القول بتأثـير النية مع بـقاء اليد ، وأمـا التصـدق فهـو تصرف بالفعل، قـال في «المدونة»[٢] : لربها أخذها من المساكين إن كـانت قائمة بأيديهم ، وإن أكلوها فليس له تضمينهم إن شاء .

فَإِنْ وَجَدَهَا نَاقِصَةً بَعْدَهُمَا خُيِّرَ : أَخَذَهَا نَاقِصَةً أَوَ قِيمَتَهَا مِنَ الْمُلْتَقِطِ

فلما فرغ من الكلام على الأولين تكلم على الثالث .

وقوله : (**بَعْدَهُمَا**) أي بعد التملك والتصدق ، وحكى في «البيان»[٣] في هذه المسألة إذا نقصها بالاستعمال ثلاثة أقوال :

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٤٣٩) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١٥/ ٣٥٠) .

أولها : كما ذكر المصنف .

ثانيها : أنه بالخيار بين أن يضمنه قيمتها أو يأخذها وقيمة ما نقصها .

وَلِلْمُلْتَقِطِ الرُّجُوعُ عَلَى الْمَسَاكِينِ فِي عَيْنِهَا إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا إلا أَنْ يَكُونَ تَصَدَّقَ عَنْ نَفْسِهِ...

يعني : فإن اختار مالك اللقطة في المسألة المتقدمة أخذ القيمة من الملتقط لأجل ما دخلها من النقص ، وإن كان تصدق بهـا فللملتقط أن يرجع على المساكين فيمـا بقي من عينها إن كان تصدق بها عن نفسه فليس له أن يأخذ ما بقي .

وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً بِأَيْدِيهِمْ فَلَيْسَ لِرَبِّهَا سِوَاهَا

أي : قائمة بيد الفقراء ولم يدخلها نقص فليس لربهـا غيرها سواء تصدق بها عن نفسه أم لا ، أي ليس لصاحبها أن يضمنه قيمته إن شاء .

وَإِذَا كَانَ الْمُلْتَقِطُ عَبْداً فَمَا وَجَبَ بِالتَّعَدِّي فَفِي رَقَبَتِهِ كَالْجِنَايَةِ ، وبِغَيْرِهَا فَفِي ذِمَّتِهِ ....

لما قدم أن للملتقط التـصرف فيما بعـد السنة لا قبلها علم أن بيعـها بعد السنة لا يكون تعدياً وأن قبلها تعدياً ، فلذلك إذا استهلك العبـد الملتقط قبل السنة تعلقت برقبته لتعديه ، وإذا استهلكها بعد السنة لا تتعلق إلا بذمته كالحر .

كتاب اللقيط

اللَّقِيطُ : طِفْلٌ ضَائِعٌ لا كَافِلَ لَهُ

(اللَّقِيطُ) فعيل بمعنى مفعول ، وقوله : **(طِفْلٌ)** أراد الجنس ، فيشمل الذكر والأنثى ، وإلا فاللقيط إنما هو الذكر .

ابن سيده : وأما الأنثى فلقيطة ، وكلامه ظاهر .

والمنبوذ مرادف للقيط على مقتضى كلام الجوهري[1] والمتقدمين من أصحابنا .

عياض في «المشارق» : وقيل : المنبوذ ما طرح صغيراً أول ما ولد ، واللقيط ما التقط صغيراً ، والشرائد في الخلاء وشبه ذلك ، وقيل : اللقيط إذا أُخذ ، والمنبوذ ما طرح - مطروحاً - ولا يسمى لقيطاً إلا بعد أخذه .

وَالالْتِقَاطُ فَرْضُ كِفَايَةٍ

لأن حفظ النفوس واجب ، وكان على الكفاية لأن المعنى المقصود يحصل بواحد ، وذلك فرض الكفاية .

وَيَنْبَغِي الإِشْهَادُ

أي : ظاهره الاستحباب ، وقال ابن عبد السلام : ظاهره الوجوب خوف الاسترقاق ، انتهى .

وَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ

هكذا لمالك في «المدونة»[2] ؛ لأن فرض الكفاية يتعين بالشروع فيه كالنافلة .

وَقَالَ أَشْهَبُ : إِلا أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ لِيَرْفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ ، قَالَ الْبَاجِيُّ : يَعْنِي إِنْ كَانَ مَوْضِعاً مَطْرُوقاً وَيُوقِنُ أَنَّ غَيْرَهُ يَأْخُذُهُ

يعني : وقال أشهب : ليس له رده إلا أن يكون أخذه ليرفعه للحاكم ولم يقصد تربيته ، ولم يقبله الإمام لأنه لم يلزم تربيته ، وتقييد الباجي ظاهر لأنه إذا لم يكن الموضع مطروقاً

---

(١) « الصحاح » (٢/١٤٦) .

(٢) « المدونة » (١١/٣٩٦) .

فلا يرده لأنه يعرض للتلف غالباً .

وَلَيسَ لِلْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ الالْتِقَاطُ إِلا بِإِذْنِ السَّيِّدِ

لأنه يشتغل بتربيته ونفقته عن سيده ، ومراده بالعبد الغني ومن فيه شائبة من الرق ، وإنما نص على المكاتب لأنه قد يتوهم لما أحرز نفسه وماله أن له ذلك ، ووُجِّه أنه ليس له ذلك فإن اللقيط يحتاج إلى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله .

وَوَلاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ

قال مالك في «الموطأ»[1]: الأمر عندنا في المنبوذ أنه حر وولاؤه لجميع المسلمين يرثونه ويعقلون عنه ، لكن في «الموطأ» عن عمر رضي الله عنه أن قال للملتقط طفلاً : اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته .

وَيُنْزَعُ اللَّقِيطُ الْمَحْكُومُ بِإِسْلامِهِ مِنَ الذِّمِّيِّ

خشية أن يربيه على دينه أو يطول الزمان فيسترقه ، قاله مطرف وأصبغ ، ولو لم يفطن إلى ذلك حتى كبر الصبي أو الصبية على دين ملتقطه لم يلتفت إلى ذلك وحكم بإسلامه وإلا فهو مرتد ، هذا ظاهر كلامهم ، انتهى ، لأنه قد سئل سحنون عن نصرانية التقطت صبية فربتها حتى بلغت على دينها ، قال : إن ثبت أنها لقطة فتردها إلى الإسلام وهي حرة ، واحترز بقوله: (المحكوم بإسلامه) مما لا يحكم بإسلامه ، وسيأتي تفصيل ذلك .

وَإِذَا ازْدَحَمَ اثْنَانِ فَالسَّابِقُ ثُمَّ الأَوْلَى وَإِلا فَالْقُرْعَةُ

أي : وإن كان الآخر أولى فالسابق أحق لسبقيته ، وهو مقيد بما إذا لم يؤد إلى ضياعه عند الأول .

أشهب : إن كانا سواء أو متقاربين فالأول أحق به ، فإن خيف أن يضيع عند الأولى فالثاني أحق به إلا أن يكون طال مكثه عند الأول وليس اللقط من ضرر فالأول أحق به .

وقوله : (**ثُمَّ الأَوْلَى**) يعني : إن تساويا في السبقية فالأقوى في الحضانة أحق به ، وإن تساويا في الكفالة فالقرعة .

وَعَلَى الْمُلْتَقِطِ حَضَانَتُهُ

لأنه التزمها بالتقاطه .

---

(١) « الموطأ » (٢/٧٣٨) .

وَأَمَّا نَفَقَتُهُ فَمِنْ مَا لَهُ مِنْ وَقْف أَوْ هِبَة أَوْ وَصِيَّـة أَوْ شَيْء كَانَ تَحْتَهُ أَوْ مَلْفُوفاً مِمَّا يَظْهَرُ أَنَّهُ وُضِعَ لَهُ وَإِلا فَفِي بَيْت الْمَال فَإِنْ تَعَذَّرَ فَعَلَى الْمُلْتَقِط حَتَّى يَبْلُغَ أَوْ يَسْتَغْنِيَ ....

قوله : (**فَمِنْ مَا لَهُ**) هو بفتح اللام ، وقوله : (**مِنْ وَقْف... إلخ**) بيان ذلك ، وقوله : (**أَوْ شَيْء... إلخ**) سواء كان فرشاً أو دراهم أو دنانير ، وهو ظاهر .

ابن شــاس[1] : وأما المدفون في الأرض تحته فليس هو معه إلا أن توجد معـه رقعة مكتوبة أنه له .

ابن شـعبـان : وما وجد قريباً منه من مـال أو دابة فهي ضالة أو لقطة ، فإن لم يكن له شيء مما ذكر ولم يتبرع أحد بإنفـاق عليه أعطي له من بيت المال شيء ، وهو معنى قوله : (**وَإِلا فَفِي بَيْت الْمَال**) لأنه فقير من فقراء المسلمين .

قوله : (**فَإِنْ تَعَذَّرَ**) فلمالك في «الموازية» : نفقته على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني .

هكذا نقل الباجي وغـيره هذه الرواية بالواو خـلاف قول المصنف ويسـتغني ، ووجبت النفقة على الملتقط ؛ إما لأن العادة التزامها ، أو لأنه أولى الناس به .

فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ لَهُ أَباً بِالْبَـيِّنَة طَرَحَهُ عَمْداً لَزِمَتْـهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَنْفَقَ حِسْبَةً فَـلا رُجُوعَ ، فَإِنْ أَشْكَلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْفِق ....

قوله : (**ثَبَتَ أَنَّ لَهُ**) أي : اللقيط ، (**بِالْبَـيِّنَة**) لا مفهوم له ؛ لأنه لو أقر أنه ولده كان كذلك ، وإنما تشتـرط البينة أو ما يقوم مقامهـا في التصديق في الاستلحاق كـما سيأتي ، وقوله : (**طَرَحَهُ عَمْداً**) هكذا في تضمين الصناع من «المدونة»[2] لأنه قال : إن تعمد طرحه وهو ملي رجع عليه بما أنفق ، وإن لم يطرحـه فلا شيء عليه ، ووجهـه أنه إذا لم يطرحه الأب فالنفقة حينئذ ساقطة لأنه لا يمكنه توصيله إلى الولد .

وقوله : (**إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَنْفَقَ حِسْبَةً**) هو استثناء من قوله : (**لَزِمَتْهُ**) أي : ألا تلزمه النفقة إلا أن يكون الملتقـط أنفق حسبـة ؛ أي تطوعاً لله تعالى ، وروى أشـهب أنه لا شيء على الأب بحال لأنه أنفق تطوعاً .

وقـوله : (**فَـإِنْ أَشْكَلَ**) أي : لم يقم دليل على أنه أنفق عليه حسـبة أو على الرجوع (**فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْفِق**) أي : الملتقط - مع يمينه أنه ما أنفق إلا ليرجع ، قاله ابن شاس[3] .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ١٢٠) .
(٢) « المدونة » (١١/ ٣٨٩) .
(٣) « الجواهر » (٣/ ١٢٠) .

وَيُحكَمُ بإِسْلامِ اللَّقِيطِ مِنْ قُرَى المُسْلِمِينَ وَمَوَاضِعِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ فِي قُرَى المُشْرِكِينَ فَمُشْرِكٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إلا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مُسْلِمٌ ....

الأول مذهب «المدونة» ونص عليه في تضمين الصناع ، ووجهه أن المعتبر الدار إذ يغلب على الظن أن من وجد بموضع أنه من أهله ، والحكم للغالب ، وروى أشهب أنه مسلم إذا التقطه مسلم تغليباً لحكم الإسلام لأنه يعلو ولا يعلى عليه .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا غَيْرُ بَيْتَيْنِ مِنَ المُسْلِمِينَ فَمُشْرِكٌ إلا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مُسْلِمٌ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يُحكَمُ بإِسْلامِهِ كَحُرِّيَّتِهِ للاحْتِمَالِ ....

لما تكلم على ما إذا كانت القرية كلها للمسلمين أو مشركين تكلم على ما إذا كانت القرية كلها للمسلمين مشتركة والأغلب الشرك، ويعمهم من تعيين المصنف هذه الصورة بالخلاف أنه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريباً من التساوي أن يحمل اللقيط على الإسلام ولو التقطه مشرك ، لأنه لما احتمل الإسلام انبغى أن يغلب ولا عبرة بملتقطه ، كما لو التقطه عبد فإنه يجعل حراً تغليباً لشرف الحرية ولا عبرة للعبد الملتقط ، وهذا معنى قوله: (**كَحُرِّيَّتِهِ للاحْتِمَالِ**) .

فإن قلت : في الأصل معنى ليس في الفرع وهو كثرة الأحرار بل الفرع بالعكس ، لأن المشركين أكثر ، قيل : وصف الأكثرية ملغى باتفاق الضمير بدليل أنه لو التقطه مسلم عند ابن القاسم لكان مسلماً .

وَفِي اسْتِلْحَاقِ المُلْتَقِطِ المُسْلِمِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ قَوْلانِ

أي : صحة الاستلحاق ، وقوله : (**بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ**) وأما بالبينة فيقبل باتفاق .

وقوله : (**قَوْلانِ**) الذي رواه ابن القاسم أنه لا يلحق به ، وقال أشهب : لحق به أبو إسحاق وهو الاختيار ، وربما طرح الناس أولادهم للإملاق أو غيره ، ووجه القول الأول أن العرف يكذبه .

وَفِي مُسْلِمٍ غَيْرِهِ ثَالِثُهَا : إِنْ أَتَى بِوَجْهٍ لَحِقَ كَمَنْ زَعَمَ أَنَّهُ طَرَحَهُ لأَنَّهُ لا يَعِيشُ لَهُ وَلَدٌ وَسَمِعَ أَنَّهُ إِذَا طَرَحَهُ عَاشَ ....

أي : وفي لحوقه بمسلم غير الملتقط ثلاثة أقوال :

أولها لأشهب : أنه يلحق به لأنه مجهول النسب .

ثانيها : لا يلحق به إلا ببينة لأن الولد قد ثبت للمسلمين .

الثالث ذكره ابن شعبان : أنه لا يلحق به إلا أن يكون رجلاً تكلة لا يعيش له الأولاد فزعم أنه فعل ذلك لذلك ، وأسقط المصنف منه قوله يعلم أنه فعل ذلك لذلك .

ابن راشد : وينبغي إذا أتى بوجه يدل على قوله ألا يختلف في قبول قوله .

وَأَمَّا الذِّمِّيُّ فَلا يَلْحَقُهُ إِلا بِبَيِّنَةٍ

زاد ابن شاس(١): ويكون على دينه إلا أن يسلم قبل ذلك ويعقل الإيمان فيكون مسلماً .

وَفِي الْمَرْأَةِ ثَالِثُهَا : تُصَدَّقُ إِنْ قَالَتْ مِنْ زِنًا وَتُحَدُّ

قال ابن القاسم : لا يقبل قولها وإن أتت بما يشبه من العدم ، وقال أشهب : تصدق مطلقاً .

وقال محمد : إن قالت من زنا صدقت وحدت لبعد التهمة حينئذ ، وأما من لها زوج فلا حتى يدعيه فيلحق به .

وَاللَّقِيطُ حُرٌّ وَلا يُرَقُّ إِلا بِبَيِّنَةٍ لا بِإِقْرَارٍ

هو ظاهر ، وإنما لم يقبل إقراره لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية ظاهرة فيه .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ١٢١) .

كتاب الأقضية

الأَقْضِيَةُ : وَهُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ

قال **الأزهري**[١] : القضاء في اللغة على وجوه ، مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه .

وقال **الجوهري**[٢] : القضاء : الحكم .

وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع الفقه ، إلا أنه يتميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء ، وقد يحسنها من لا باع له في الفقه ، وهو كالتصريف من علم العربية ، فإنه ليس كل النحاة يعلم التصريف ، وقد يحسنه من ليس له باع في النحو ، وإنما كان فرضاً ، لأنه لما كان الإنسان لا يستقل بأمور دنياه ، إذ لا يمكن أن يكون حَرَّاثًا طَحَانًا خبازاً إلى غير ذلك من الصنائع المفتقر إليها ، احتاج إلى غيره ، ثم بالضرورة قد يحصل بينهما التشاجر والخصام لاختلاف الأغراض ؛ فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومات ، ويمنع بعضهم من غرضه ، فلهذا وجب إقامة الخليفة، لكن نظر الخليفة أعم إذا جد ما ينظر فيه القاضي، ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد وجماعة كان فرض كفاية؛ لأن ذلك شأن فروض الكفاية.

فَإِذَا انْفَرَدَ بِشَرَائِطِهِ تَعَيَّنَ

أي : إذا انفرد شخص بشرائطه تعين قبوله للقضاء ، ولم يجز له الهروب منه ، ووجب على الإمام توليته .

قال مالك : ويجبر عليه إذا تعين ، قيل له : الجبر بالضرب والحبس ، قال : نعم ، ومثله لابن شعبان ، وقد ذكر ابن سحنون أن الإمام أقام حولاً يجبر أباه على القضاء حتى تخوف منه ، فحينئذ قبل .

وإذا كان القضاء فرض كفاية وقد تعين كانت منزلته عظيمة ؛ أعني : بشرط أن يعان القاضي على الحق كما كان في الصدر الأول ، وأما إذا لم يعن عليه وربما أعان من ولاه عليه لبلوغ هواه .

ابن عبد السلام : فينقلب ذلك الواجب محرماً نسأل الله السلامة في الدين والدنيا ، وبالجملة : إن أكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة انتهى.

---

(١) « تهذيب اللغة » (٣/ ١١٦) .

(٢) « الصحاح » (٢/ ٨٣) .

ولهـذا كان الأولى الهـروب عن خطة القـضـاء ما لم تـتـعين ، ولخطر هذه الخطة قـال أصحابنا : إذا عين الإمام رجلاً للقضاء وَثَمَّ مَنْ يصلح غـيره جاز له الاستعفاء والهروب ، بخلاف سائر فروض الكفـاية ؛ فإنه إن عين بعضهم لم يجز الهروب ، كـما لو عين طائفة لقتال العدو فإنه يتعين في حقها .

وَخَرَّجَ النسائيُّ عن بُرَيْدة عـن أبيه عن النبي ﷺ قال : «**القـضاة ثـلاثة ؛ اثنان في النار وواحد في الجنة ؛ رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهـو في النار**»(١) .

والتقسيم في الحديث إنما هو باعتبار الأنواع فربما لم يوجد من النوع إلا شخص واحد ، ويوجد من الآخـر آلاف، وَخَرَّجَ النسائي من حديث عـثمان الأخنسي ، ووثقـه يحيى بن معين أن رسول الله ﷺ قال : «**من جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين**»(٢)، وفي رواية: «**من استعمل على القضاء فكأنما ذبح بالسكين**»(٣) .

وقال أصحابنا : وقد يجب طلب القضاء ، وقد يستحب ، وقد يحرم ، ويكره .

فـيـجب إذا كان من أهل الاجتهـاد والعدالة ولا يكون هناك قاض ، أو يكون ولكن لا تحل ولايته ، أو يعلم أنه إذا لم يتول تضيع الحقوق ويكثر الهرج .

ويستـحب إذا كان عالماً خفي علمه عن الناس فأراد أن يشـهره بالقضاء ؛ لِيُعَلِّمَ الجاهل ويفتي المسترشد ، أو يرى أنه أنهض وأنفع للمسلمين من غيره .

ويحـرم على الجاهل ومن طلب به اكتساب دنيـا ، ويكره إذا كان عدلاً مشهوراً ينفع الناس بعلمه ، وخاف إن تولى القضاء ألا يقدر على ذلك .

---

(١) أخرجـه أبو داود (٣٥٧٣) والنسائي في « الكبرى » (٥٩٢٢) وابن ماجـه (٢٣١٥) والحاكم (٧٠١٢) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠١٤١) من حديث بريدة عن أبيه .
قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه، وصححه الألباني - رحمه الله .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧٢) والترمذي (١٣٢٥) والنسـائي في « الكبرى » (٥٩٢٣) وابن ماجه (٢٣٠٨) وأحمد (٧١٤٥) والحاكم (٧٠١٨) والدارقطني (٤/ ٢٠٤) وأبو يعلى (٦٦١٣) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه، وصححه الألباني - رحمه الله.

(٣) أخرجه النسائي في « الكبرى » (٥٩٢٤) .

المازري : ويبعد عندي تصور الإباحة إلا عند تقابل أدلة الأحكام وقرائن الأحوال ، ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعض .

وَصِفَاتُهُ ثَلاثَةٌ : شَرْطٌ وَاجِبٌ ، وَمُوجِبٌ لِلْعَزْلِ غَيْرُ شَرْطٍ ، وَمُسْتَحَبٌّ

لما ذكر أنه إذا انفرد بشرائطه تعين شرع في بيان تلك الشرائط ، ولما كانت الشروط قائمة بالقاضي أطلق عليها صفات .

قوله : **(وَصِفَاتُهُ)** عائد على القاضي .

وقوله : **(شَرْطٌ وَاجِبٌ)** أي : الأول ، ووصف الشرط بالواجب لئلا يُعْتَقَدُ أنه شرط كمال ، ومعنى الشرطية : أن عدم شيء من هذه الصفات يمنع صحة العقد وينفسخ بحدوثه .

وقوله : **(وَمُوجِبٌ لِلْعَزْلِ)** أي : الصفة الثانية غير شرط في صحة الولاية وانعقادها ابتداء ، ولكنه يجب أن يكون متصفاً بها ، وعدمها موجب للعزل ، وينفذ ما مضى من أحكامه .

فإن قلت : قوله أولاً : **(فَإِذَا انْفَرَدَ بِشَرَائِطِهِ تَعَيَّنَ)** إما أن يريد به الصفة الأولى فقط أو الجميع ، **قيل** : لا هذا ولا هذا ؛ لأنه لو أراد الصفة الأولى فقط ، لزم أن من حصلت فيه تعين عليه القضاء ، فلا يكون الوصف الثاني موجبا للعزل ، ولو كان المراد الجميع لزم أن من انفرد بالصفتين الأوليين لا يتعين عليه ، وليس كذلك ؛ لأن الصفة الأولى مستحبة لا واجبة ، وإنما مراده مجموع الصفتين الأوليين ، لكن يبقى في كلامه تضاد ؛ لأنه قال في الثاني : **(وَمُوجِبٌ لِلْعَزْلِ غَيْرُ شَرْطٍ)** فيكون أطلق الشرط على الشرائط وغيره .

الأَوَّلُ : أَنْ يَكُونَ ذَكَراً حُرا بَالِغاً عَاقِلاً مُسْلِماً عَدْلاً مُجْتَهِداً فَطِناً

أي : الشرط الأول أو الوصف الأول أو القسم الأول مركب من ثمانية قيود :

أولها : أن يكون حرا، احترازاً من العبد ، وَمَنْ فيه شائبة من شوائب الرق مِنْ مكاتب ومدبر ومعتق إلى أجل ومعتق بعضه ؛ لأن كلاً من هؤلاء لا يلي أمر نفسه ، فأحرى غيره، ولأنه لا يصح أن يكون شاهداً ، والقضاء أعم من الشهادة ، ويشمل قوله : **(حراً)** المعتق .

ابن عبد السلام : وهو مذهب الجمهور ، ومن «النوادر» عن سحنون المنع ، واعتل بأنه قد يستحق فيرد إلى رق ؛ فترد أحكامه ، **وأورد النقض** بقبول شهادته مع أنه قد يستحق ، **وأجيب** بأن للإمام مندوحة عن ولايته بخلاف قبول شهادته في أمر تَعَيَّنَ عليه لا يعرفه غيره .

ثانيها : أن يكون ذكراً ؛ فلا يصح عقد الولاية لامرأة ؛ لما في البخاري : «**لن يفلح قوم ولَّوْا أمرَهم امرأة**»(١) .

روى ابن أبي مريم عن ابن القاسم إجازة توليتها القضاء .

ابن زرقون : وأظنه يريد فيما تجوز فيه شهادتها كقول أبي حنيفة ، انتهى .

ويحتمل أن يريد الإطلاق كقول محمد بن الحسن والطبري والمازري ، والإجماع على أنها لا تُولَّى الإمامة الكبرى ، **ولا يقال** : قد ولَّى عمر رضي الله عنه الشفاء الحسبة ، وهي قضاء وحكومة ؛ **لأنا نقول** : عموم الحديث مقدم عليه .

المازري : واعتذر عنه بعض أصحابنا بأنه إنما جعل لها تغيير ما يقع من المنكرات في السوق ، ولا يلزم من تخصيص عموم الحديث بهذه الصورة تخصيصه بغيرها .

ثالثها : أن يكون بالغاً .

رابعها : أن يكون عاقلاً ، ولا خلاف في اعتبارهما .

خامسها : أن يكون مسلماً ، ولا خلاف فيه إلا ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه من ولاية الكافر الحكومة بين أهل دينه .

المازري : إن كان معناه أنهم يردون إلى دينهم إذا لم يتراضوا بحكم الإسلام ، وتخاصموا لحبر من أحبارهم من دينهم ، ويمنع أحد الخصمين من الامتناع منه - فهذا مما لا يستنكر .

سادسها : أن يكون عدلاً .

المازري : وقد نص الله تعالى على اشتراط العدالة في الشاهد ، والقاضي أشد حرمة منه ، قال : وعلى منع ولاية الفاسق العلماء ، وشذ قوم من المتكلمين فذهبوا إلى أن الفسق لا ينافي عقد ولاية القضاء ، وهو مذهب مستنكر .

---

(١) أخرجه البخاري (٤١٦٣) من حديث أبي بكرة - رضي الله عنه.

سابعها : أن يكون مجتهداً ؛ فلا تصح ولاية المقلد ولا تنفذ أحكامه .

المازري : هكذا يحكي أصحابنا عن المذهب أنه لا تجوز ولاية المقلد ، وهذا إنما هو إذا كان المجتهد موجوداً ، وإلا فعند عدمه تصح الولاية لغيره كما سيأتي .

قال مالك في «الواضحة» : لا أرى خصال القضاة تجتمع اليوم في أحد ، ولكن يجب أن يكون عالماً عدلاً .

ابن حبيب : فإن لم يكن عالماً فعاقلاً ورعاً ؛ لأنه بالعقل يسأل وبالورع يقف ، فإذا طلب العلم وجده ، وإن طلب العقل لم يجده .

ابن رشد(١) : يريد بالعقل : العقل الحصيف ، وأما العقل الذي هو شرط التكليف فإنما هو شرط في صحة الولاية .

أصبغ : ويعزل الجاهل إلا أن لا يوجد غيره فيقر ، ويؤمر أن يستكثر من المشورة ويتفقد أمره في كل حين .

المازري : وما قاله ابن حبيب تسهيل في ولاية القاضي المقلد ، ولكنه لم يصرح بجواز هذا مع القدرة على نظار ، بل أشار إلى كون الضرورة تدفع إلى ولاية المقلد .

وهكذا قال أصبغ إذا لم يوجد إلا عدل لا علم عنده وعالم لا بأس بحاله ، لكن الذي لا علم عنده أعدل منه فإن العالم هو الذي يولى ، فإن كان ليس بعدل ، فيولى العدل الذي ليس بعالم ، ويؤمر بأن يستشير ، قال : وهذا الذي وقع في المذهب ينبغي أن يحمل على مواضع الضرورة ، وأما مع الاحتمال وكثرة النظار فلا يختلف أن ولاية النظار أولى من ولاية المقلدين ، وإنما يتصور الخلاف هل تصح ولاية المقلد وتنفذ أحكامه وتنعقد ولايته وهو قول أبي حنيفة أم لا ، وهو قول الشافعي وهو الذي يحكيه أئمة مذهبنا عن المذهب ؟

ثامنها : أن يكون فطناً ؛ فلا يجوز ولاية المغفل كما في الشهادة ، بل الاشتراط هنا أولى ، وهذا الشرط لم يقع في كل النسخ ، وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه .

وبقي على المصنف **شرط تاسع** ، وهو أن يكون القاضي واحداً ، نص عليه ابن شاس وابن شعبان وغيرهما ؛ أي : لا يجوز أن يفوض القضاء إلى اثنين لا يتم الحكم إلا باجتماعهما .

---

(١) « المقدمات » (١/ ٤٩٧) .

المـازري : وأغلى الباجي في المنع حتى ادعى عليه الإجـماع ، وقال : لم يتفق هذا من زمانه عليه السلام إلى زماننا ، وخاف من النقض عليـه بالحكمين ، لأنهما إذا اختلفا انتقل إلى غيرهما ، وفي القاضيين لا يمكن التنقل عنهما ، فيؤدي اختلافهما إلى وقف الأحكام.

المـــازري : وعندي أنه لا يقوم دليل عـلى المنع إذا اقتضت ذلك المصلحـة ودعت إليه الضرورة في نازلة يرى الإمام أنها لا تصلح ، وترتفع فيها التهمة إلا بقضية رجلين .

وذكر البـاجي أنه قد ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قـضاة على هذه الصـفة ، ولم ينكر ذلك من كان من فقهائه ، وأنه أنكر هو فعلهم .

وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مُجْتَهِدٌ فَمُقَلِّدٌ ؛ فَيَلْزَمُـهُ الْمَصِيرُ إِلَى مُقَلَّدِهِ ، وَقِيلَ : لا يَلْزَمُهُ ، وَقِيلَ : لا يَجُوزُ لَهُ إِلا بِاجْتِهَادِهِ ...

يـعـــني : أنه لا تترك ولاية القـضاء عند عدم الاجـتهاد لئـلا يؤدي إلى الهرج وإبطال الحقوق، ولأن إنصاف المظلوم من الظالم واجب ، وهو ممكن من المقلد .

ابن راشـد وابن عـبد السـلام : إلا أنه ينبغي أن يخـتار أعلم المقلدين ممن له فقـه نفيس وقدرة على التـرجيح بين أقـاويل أهل مذهبه ويعلم منهـا ما هو أحـرى على أصل مذهب إمامه مما ليس كذلك ، وأمـا إذا لم يكن بهذه المزية فيظهر من كلام الشـيوخ اختلاف بينهم هل يجوز توليته القضاء أم لا ؟

عيـاض : وشرط العلم إذا وجد لازم ، فلا يصح تقديم من ليس بعالم ، ولا ينعقد له تقديم مع وجـود العالم المستحـق للقضاء ، لكن رخص فيـمن لم يبلغ رتبة الاجتـهاد في العلم ، إذا لم يوجـد من بلغهـا ، ومع كل حال فـلابد أن يكون له علم ونباهة وفـهم لما يتولاه ، وإلا لم يصح له أمر .

وقوله : (**فَيَلْزَمُهُ الْمَصِيرُ إِلَى قَوْلِ مُقَلَّدِهِ**) بفتح اللام .

ابن العـربي : ويقضي حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة ، فإن قاس على قوله أو قال : «يجيء من هذا كذا» فهو متعد .

خليل : وفي هذا نظر ، والأقرب جوازه للمطلع على مدارك إمامه .

ووجه المازري مـا ذكره المصنف بأنه لو حكم بغيـر مذهبه تطرقت إليـه التهمـة بالحيف والقضاء بالشهوة ؛ فأمر باتباع مذهبه للسياسة لا لمقتضى أصول الشرع ؛ لأن أصول الشرع مبنية على أن المفتي والقاضي يؤمران أن باتباع الحق حيثما ظهر لهما .

قوله : (**وَقِيلَ : لا يَلْزَمُهُ**) هذا القول ذكره في «الجواهر»(١) عن الطرطوشي ، ونصه : ولا يلزم أحداً من المسلمين أن يقلد في النوازل والأحكام من يعتزي إلى مذهبه ، فمن كان مالكيا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقوال مالك ، وهكذا القول في سائر المذاهب ، بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار إليه ، فإن شرط على القاضي أن يحكم بمذهب إمام معين من أئمة المسلمين ولا يحكم بغيره فالحكم صحيح والشرط باطل ، كان موافقاً لمذهب المشترط أو مخالفاً له .

قوله : (**وَقِيلَ : لا يَجُوزُ لَهُ إلا بِاجْتِهَادِهِ**) أي : وقيل : لا يجوز لهذا المقلد إذا أَدَّاهُ اجتهاده إلى خلاف مذهبه أن يحكم إلا باجتهاده ، ولا يقال : قوله : (**إِلا بِاجْتِهَادِهِ**) ينافي فرض المسألة ؛ إذ الكلام في عدم المجتهد ؛ لأن المراد عدم المجتهد المطلق ، وأراد بقوله : (**إِلا بِاجْتِهَادِهِ**) الاجتهاد المقيد ، وهو الاجتهاد في مذهبه والاطلاع على مدارك إمامه .

وقال ابن عبد السلام : قوله : (**وَقِيلَ : لا يَجُوزُ إِلا بِاجْتِهَادِهِ**) معناه : لا يجوز تولية المقلد البتة ، ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها ، وأنها موجودة إلى الزمان الذي أخبر النبي ﷺ بانقطاع العلم فيه ، ولم نصل إليه إلى الآن ، وإلا كانت الأمة مجمعة على الخطأ ، انتهى .

وفيه بُعْدٌ ؛ لأن الفرض عدم المجتهد .

خليل : العلماء في جواز خلو الزمان عن مجتهد قولان : فاختار ابن الحاجب وغيره الجواز خلافاً للحنابلة وتحقيق ذلك في محله ، وهو عزيز الوجود في زمننا ، وقد شهد المازري بانتفائه ببلاد المغرب في زمانه ، فكيف في زمننا ؟! وهو في زمننا أمكن لو أراد الله بنا الهداية ؛ لأن الأحاديث والتفاسير قد دونت ، وكان الرجل يرحل في طلب الحديث الواحد ، لكن لابد من قبض العلم على ما أخبر به عليه السلام .

فإن قيل : يحتاج المجتهد أن يكون عالماً بمواضع الإجماع والخلاف ، وهو متعذر في زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها ، قيل : يكفيه أن يعلم أن المسألة ليست مجمعاً عليها ؛ لأن القصد أن يحترز من مخالفة الإجماع ، وذلك ممكن .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ١٢٦) .

وَقَالَ أَصْبَغُ : الْعَدْلُ مِنَ الثَّانِي

يعني : أن المشهور أن العدالة من الأول ؛ فلا تصح الولاية لفاسق ، ولا تنفذ أحكامه، وافق الحق أم لم يوافقه .

ورأى أصبغ أن العـدالة من الوجه الثـاني ، وهو الموجب للعزل ؛ فـلا يجوز أن يُوَلَّى الفاسق ، وإن طرأ وجب عزله ، ويمضي مِنْ أحكامه ما وافق الحق .

وَقَالَ الْبَاجِيُّ : الْعَالِمُ مِنَ الثَّالِث

أي : من المستحب ، وعليه فتنعقد ولاية الجاهل ، ولا يجب عزله .

وقـوله : (**وَقَالَ الْبَـاجِيُّ**) ليس بجيد ، وإنما هو ابن رشد ، وقد تقـدم غير مرة السبب المقتضي لذلك ، ووهَّم ابن عـبد السلام ابن شاس فيه أيضـاً ، قال : لأنه ليس قولاً لابن رشد ، وإنما حكى فيه ابن رشد كلام غيـره كما حكاه الأكثرون ، ولكنه أشبع الكلام على العلم إثر كلامه على النوع الثالث ؛ فاعتقد ابن شاس أنه يرى كون العلم من هذا النوع .

خليل : وليس توهيم ابن شاس بجيد ، فقد نص في «المقدمات»[(١)] على أن العلم من الصفات المستحبة ، وكذلك الفطانة ، ولم يعز ذلك لغيره .

الثَّانِي : السَّمْعُ وَالْبَصَرُ وَالْكَلامُ ، وَلا نَصَّ فِي الْكِتَابَةِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنَ الثَّالِث

أي : القـسم الثاني أو الوصف الـثاني : وهو الموجب للعـزل ، فـتنعقـد ولاية الأصم والأعمى والأبكم وتنفذ أحكامه سواء ولي كـذلك أو طرأ عليه ذلك ، وهكذا قال صاحب «المقدمات» .

ابن راشد : وظاهر ما في «وثائق ابن القاسم» أنها من الأول ، والمذهب ما تقدم .

وذكـر البـاجي أنه لم ير في الـسمع نصـا، واختـار المنع ، وعلـله بسمـاع الدعـاوى والشـهـادات ، وليس كلهم يمكنه أن يكتب ، وكـذلك ذكـر أنه لا خـلاف في منع كـون الأعمى حاكماً .

وذكر عياض وابن زرقون أن الماوردي حكى عن مالك جوازه .

عـيـاض : ولا يصح عن مالك ؛ إذ لا يتبين طالب من مطلوب ولا شـاهد من مشهود

---

(١) « المقدمات » (٤٩٨/١) .

عليه ، ولا نص في الكتابة ، هكذا قال الباجي وابن رشد أنه لا نص هل يشترط في القاضي أن يكتب ؟ وعن الشافعية قولان : أظهرهما الجواز ؛ لأن إمام المسلمين وسيد المرسلين وأفضل الحاكمين ﷺ كان أُمِّيًا ، قالا : وللمنع وجه ؛ لأن النبي ﷺ معصوم بخلاف غيره .

الثَّالثُ : أَنْ يَكُونَ وَرِعاً غَنِيًّا لَيْسَ بِمِدْيَان ، بَلَدِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ غَيْرَ مَحْدُودٍ حَلِيماً مُسْتَشِيراً لا يُبَالِي لَوْمَةَ لائِمٍ ، سَلِيماً مِنْ بِطَانَةِ السُّوءِ غَيْرَ زَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ ....

هذا هو المستحب .

قوله : **(وَرِعاً)** أي : عن الشبهات .

(غَنِيًّا) لأن الفقير قد يحتاج إلى غيره ، ومقالة السوء تكثر فيه بخلاف الغني .

ابن عبد السلام : والظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين ؛ فإن وجود الدين مع الغنى بما يزيد على مقدار الدين لا أثر له .

خليل : وفيه نظر ، والظاهر خلافه ، ولا يخفى عليك .

(بَلَدِيًّا) ليعرف الناس والشهود ، والمقبولين من الشهود وغيرهم .

ابن راشد وابن عبد السلام : والولاة الآن يرجحون غير البلدي ، إذ لا يخلو البلدي من أعداء ، والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده .

(مَعْرُوفُ النَّسَبِ) لأن من لا يعرف أبوه من ولد لعان أو زنا يطعن فيه ، فلا يكون له في نفوس الناس كبير هيبة .

وقال سحنون : لا بأس بتولية ولد الزنا ، ولكن لا يحكم في الزنا كما لا يحكم لولده .

الباجي[1] : والأظهر أنه ممنوع ؛ لأن القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال ، فلا يليها ولد الزنا كالإمامة في الصلاة .

وقوله : **(غَيْرَ مَحْدُودٍ)** أي : في زنا ولا غيره .

وفي كتاب أصبغ : ويستقضى المحدود في الزنا والقذف ، والمقطوع في السرقة إذا كان

(١) « المنتقى » (٨/ ٢١١) .

اليوم مُرْضِيًا، وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه ، ومنعه سحنون قياساً على الشهادة .

(حَلِيماً) أي : على الخصوم ، وَمِنْ حلمه أن يسمع الكلام الذي لا يفيد إلا أن تنتهك حرمة الشرع ، فيكون انتصاره لغيره ، وبذلك تتم مهابته التي هي أحد صفات الكمال .

(مُسْتَشِيراً) أي : لأهل العلم ؛ لأنه أهون له على حصول الصواب .

المازري : وأغلى الشافعي في هذا ، وقال : يجمع المخالفين له في المذهب ويشاورهم؛ لأن كل من انتحل مذهباً وتفرد للذب عنه كل خاطره في الإكثار من الأدلة عليه .

وقوله : **(لا يُبَالِي لَوْمَةَ لائِمٍ)** الظاهر أن هذا راجع إلى الوصف الأول ؛ لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق .

وقـوله : **(سَلِيمـاً مِنْ بِطَانَةِ السُّوءِ)** لأن السلامة منها رأس كل خيـر ، وكثيراً ما يؤتى على أهل الخير من جهة قرنائهم السوء ، والبطانة : هم الأصحاب .

(غَيْـرَ زَائِد فِي الدَّهَاءِ) هكذا وقع في بعض النسخ ، ووقع في بعضـها : (وغيره) بواو العطف ؛ ليكون معطوفاً على مقـدر ؛ أي : فَطِنًا وغير زائد في الدهاء ؛ لأن ذلك يحمله على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية مِن البينة والأيمان .

فَقَدْ عَزَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ زِيَاداً لِذَلِكَ

هذا استدلال منه على ما ذكره أنه لا يكون القاضي زائدا في الدهاء ، ويقال : إن عمر قال لزياد لما عزله : كرهت أن أحمل الناس عـلى فضل عقلك ، والله أعلم بصحة هذا ، وما رأيت مَنْ ذَكَـرَ زِيَاداً في قضاة عـمر ، وقد وَلَّى عـمرو بن العاص والمغـيرة بن شعـبة ومعـاوية ، وَوَلَّى عليٌّ زيادا، وقيسَ بن سعـد بن عبادة وهؤلاء هم دهاة العـرب ، وكان عمـر إذا استـضعـف عقل رجل قـال له : سبـحان من خلقك وخلق عـمرو بن الـعاص وحكاياته في حروبه في فتـوح الشام ومصر مشهورة عنـد الإخباريين ، إلا أن هؤلاء كانوا أمراء غير قضاة ، وقد يحتاج الأمير في زيادة الدهاء إلى ما لا يحتاج إليه القاضي .

وَلَوْ تَجَرَّدَ عَقْدُ التَّـوْلِيَةِ عَنْ الاسْتِخْلافِ لَمْ يَكُنْ لَهُ اسْتِـخْلافٌ ، وَقِيلَ : إلا فِي الْمَرَضِ وَالسَّفَرِ ....

يعـني : إن أذن له في الاستخلاف ، أو نص له على عـدمه عَمِلَ على ذلك ، وأما إن

تجرد عقد التولية عن ذلك فإن لم يكن له عذر لم يكن له ذلك ، وإن كان له عذر فقال مطرف وابن الماجشون : له ذلك .

وقال سحنون : ليس له ذلك وإن مرض أو سافر ، ورآه كالوكيل المخصوص ، هكذا حكى جماعة هذا القول عن سحنون ، ومقتضى كلام المصنف: أنه المذهب عنده .

ابن راشد : وهذا إذا استخلف في البلد الذي هو فيه؛ ليكفيه بعض تعب الخصوم ، وأما إن كان عمل القاضي واسعا فيريد أن يقدم في الجهات البعيدة، فالمشهور: الجواز ، وقال ابن عبد الحكم : لا يجوز إلا بإذن الخليفة .

ابن محرز : ولم يختلفوا أن القاضي ليس له أن يوصي بالقضاء عند موته لغيره ، بخلاف الوصي والإمام الأكبر ، وضابط ذلك: أن كل مَنْ ملك حقا على وجه لا يملك معه عزله فله أن يوصي به ، ويستخلف عليه كالخليفة والوصي والمجبر على ما ذهب إليه ابن القاسم وإمام الصلاة ، وكل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ، ولو كان مفوضا إليه أو خليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك .

وَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِمَا يُسْتَخْلَفُ فِيهِ

الضمير في (**عِلْمُهُ**) عائد على المستخلف بفتح اللام ، المفهوم من السياق ، يعني : أنه لا يشترط في خليفة القاضي أن يكون عالماً بجميع أبواب الفقه ، بل إنما يشترط علمه بما يستخلف فيه ، مثاله : لو استخلف على النظر بين الزوجين، فيشترط علمه بالأنكحة وما يتعلق بها ، إلا أن يفوض إليه فيشترط علمه بالجميع كما في الأصل .

وَلِلإِمَامِ أَنْ يَسْتَخْلِفَ مَنْ يرَى غَيْرَ رَأْيِهِ فِي الاجْتِهَادِ وَفِي التَّقْلِيدِ ، وَلَوْ شَرَطَ الْحُكْمَ بِمَا يَراهُ كَانَ اشْتِرَاطاً بَاطِلاً ، وَالتَّوْلِيَةُ صَحِيحَةٌ ، قَالَ الْبَاجِيُّ : كَانَ فِي سِجِلاَّتِ قُرْطُبَةَ وَلا يَخْرُجُ عَنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَا وَجَدَهُ

(**لِلإِمَامِ أَنْ يَسْتَخْلِفَ مَنْ يَرَى غَيْرَ رَأْيِهِ**) كالمالكي يولي شافعيا و حنفيا، ولو شرط - أي الإمام - على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلا وصح العقد ، هكذا نقله في «الجواهر» عن الطرطوشي .

وقال غيره : العقد غير جائز ، وينبغي فسخه ورده ؛ لكونه صار مأموراً بمخالفة الحق ، وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهداً ، وكذا فرض المازري المسألة فيه ثم قال : وإن كان

الإمام مقلداً أو كان متبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد - لم يَحْرُمْ على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك ، ويأمره ألا يتعدى في قضائه مذهب مالك ؛ لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ، وولي عليهم ، وقد ولَّى سحنون لما ولي القضاء أمناء وكان فيمن ولاه رجل سمع كلام بعض أهل العراق فأمره سحنون ألا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة .

وقوله : **(قَالَ الْبَاجِيُّ)** هكذا نقله الطرطوشي عن الباجي .

الطرطوشي : وهو جهل عظيم منهم ؛ يريد : لأن الحق ليس في شيء معين .

ابن راشد : وما نقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لا يخرج عن أقوال أهل المدينة ؛ يريد : قولهم ، وكيف يقول الأستاذ والناس إذا أتوا المالكي إنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك ؟! وقد أخبرني القرافي عن شيخه ابن عبد السلام أنه كان يرى في المسألة رأيا، وإذا سئل عنها ترك رأيه وأفتى بقول الشافعي ، فقيل له في ذلك فقال : هذا لم يسألني عن اختياري ، وإنما سألني عن مذهب الشافعي .

وَيَجُوزُ أَنْ يُنَصَّبَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَانِ فَأَكْثَرُ ، كُلٌّ مُسْتَقِلٌ أَوْ مُخْتَص بِنَاحِيَةٍ أَوْ بِنَوْعٍ ....

لأن الناس قد يكثرون فلا يكفيهم الواحد ، وفهم من كلامه أنه ليس من شرط ولاية القضاء أن تكون عامة ، وهو مذهب مالك والشافعي خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا تنعقد إلا عامة ، وعلى مذهبنا فيجوز للإمام أن يستثني أشخاصاً لا يحكم بينهم .

أصحابنا : ولا يجوز أن ينهاه الأمير عن النظر في مسألة رجل بعد أن نظر فيها وأشرف على الحكم ، أو نوع كالدماء والأموال .

فَلَوْ تَنَازَعَ الْخَصْمَانِ فِي الاخْتِيَارِ فَالْقُرْعَةُ

يعني : إذا كان في البلد قاضيان ، وتنازع الخصمان في الاختيار ، وطلب كل واحد منهما التحاكم عند من لم يطلب صاحبه الحكم عنده ، فالقول قول الطالب .

المازري : ولو فرضنا أن يكون الخصمان جميعاً طالبين - كل منهما يطلب صاحبه - فإن لكل منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة ، ويطلب الآخر حقه عند من شاء.

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم أنه لا يراعى الطالب وإنما يراعى أقربهما مكاناً .

ابن عبد السلام : فإن استوى المكانان أو كان كل واحد منهما طالباً فأشار المازري إلى أنه يرجح من جاء رسوله أولاً ، فإن استووا فالقرعة ، وينبغي أن ينظر أيضاً فيمن يقرع بينهما، فإن ذلك يؤدي إلى تشاجر آخر ؛ لأنهما قد لا يتفقان على القرعة ؛ فلابد من حاكم يقرع بينهما .

وَالتَّحْكِيمُ مَاضٍ فِي الأَمْوَالِ ، وَمَعْنَاهَا كَحُكْمِ الْحَاكِمِ

التحكيم : أن يُحَكِّمَ الخصمان رجلاً يحكم بينهما ، وليس مولًّى من قبل الإمام ولا من قبل القاضي ، ولا يؤخذ من قوله : (مَاضٍ) الجواز ابتداء ، وقد نص المازري على جوازه من حيث الجملة ، قال : كما يجوز لهما أنّ يستفتيا فقيها ويعملا بما يقول ، ويرجعا إلى ما يفتي به .

وتقييد قوله : (مَاضٍ) بالأموال قد يدل على أنه لا يمضي في خلافها ، لكنه سيصرح بخلاف هذا المفهوم .

واحترز بالأموال من غيرها فقد قال سحنون : لا يجوز في الحدود واللعان ، وأضاف أصبغ الطلاق والعتاق والولاء والنسب والقصاص وقال : وأما الجراح فله أن يُمَكِّنَ مَنْ يستقاد منه كحكم الحاكم ؛ أي : فلا يكون لواحد منهما ولا لحاكم غيرهما نقضه إلا أن يكون جوراً بيِّنًا، وامتنع التحكيم في هذه الأمور ؛ لأنها يتعلق بها حق لغير الخصمين ؛ إما لله تعالى وإما لآدمي ، فاللعان فيه حق للولد في نفي نسبه ، وكذلك الأنساب ، قالوا: والطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى ؛ إذ لا يجوز بقاء المطلقة البائن في العصمة ، ولا رد العبد في الرق .

وَفِي اشْتِرَاطِ دَوَامِ الرِّضَا إِلَى حِينِ نُفُوذِ الْحُكْمِ قَوْلانِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يُشْتَرَطُ إِلَى أَنْ يَنْشَبَا...

يعني : واختلف في لزوم الحكم للخصمين ، هل هو مشروط بدوام الرضا إلى حين الحكم ولكل واحد منهما أن يرجع قبل النفوذ ، وهو قول سحنون ، أو ليس بشرط وليس لأحدهما أن يبدو له إن كان قبل أن يفاتحه ، وحكمه لازم لهما كحكم السلطان ، وهو قول ابن الماجشون؟

ومنشأ الخلاف هل يقال : إنهما لما حكَّماه صار كالوكيل لهما أو لا، وهو كالحاكم ، وفي كلامه حذف معطوف تقديره : إلى نفوذ الحكم وعدم اشتراطه .

وقوله : (إِلَى حِينِ نُفُوذِ الْحُكْمِ) أي : إلى نفوذه ، وهكذا صرح به سحنون .

وأشار ابن عبد السلام : إلـى أن كلام المصنف لا يؤخذ منه هذا ؛ لأن بين نفوذ الحكم وزمان نفوذه فرقاً ، وفيه نظر .

وقال أشـهب : يشترط رضـاهما إلى أن ينشـبا في الخصـومة ، فـإذا نشبا فـلا رجوع لأحدهما .

ولابن القاسم في «المجـموعة» : إذا أقام البـينة عنده ثم بدا لأحدهما فـأرى أن يقضي ويجوز حكمه ، ولابن المواز : له الرجوع ما لم يشرف على الحكم .

فَلَوْ حُكِّمَ فِي غَيْرِ الأَمْوَالِ فَقَتَلَ أَوْ حَدَّ أَوِ اقْتَصَّ أَوْ لاعَنَ أُدِّبَ وَمَضَى مَا لَمْ يَكُنْ جَوْراً بَيِّناً....

هذا هو التصريح بخلاف ما فهم من قوله أولاً : (مَاضٍ فِي الأَمْوَالِ) .

وما ذكره المصنف نص عـليه أصبغ فقال : إذا حكم فـيما ذكرناه أنه لا يحكم فـيه فإن القاضي يمضي حكمه ، وينهاه عن العودة .

وإن فعل المحكم ذلك لنفـسه فقتل أو اقـتص أو حد ثم رفعـه إلى الإمام أدبه السلطان وزجره ، وأمضى ما كان صواباً من حكمه .

وانظر قول أصبغ : «ما كان صوابا» وقول المصنف : (مَا لَمْ يَكُنْ جَوْراً بَيِّناً) فإن الظاهر أن بينهما فرقاً .

ابن راشد : وظاهر كلام سحنون أن يمنع من نقضه إلا أن يكون جوراً بيناً ، وأما الحكم بإنفاذه وإمـضائه فلم يصرح به ، وأشار بعض الشـيوخ إلى أن مالكاً وسحنوناً اتفـقا على نقض ما هو جُورٌ بَيِّنٌ ، وما ليس كذلك فنصَّ مالك على أن القاضي يمضيه ، وظاهر كلام سحنون أنه لا يعارضه .

فَلَوْ حكَّمَا عَبْداً أَوِ امْرَأَةً أَوْ مَسْخُوطاً فَقَوْلانِ ، بِخِلافِ الْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُوَسْوِسِ

يطلب من الخصمين ابتداءً ألا يُحكِّما إلا من اجتمعت فـيه صفات القضاء ، فإن حكما من لم تجتمع فيـه ، فأما الكافر والمجنون والموسوس فلا يمضي قـضاؤهم باتفاق ، قاله ابن راشد .

وأشار اللخمي والمازري إلى أن الجاهل متفق على بطلان حكمه ؛ لأن تحكيمه تخاطر وغرر ، واختلف في غير من ذكر ، فحكى اللخمي والمازري أربعة أقوال :

الأول لأصبغ : يصح حكمهم .

والثاني لمطرف : لا يصح .

الثالث لأشهب : يمضي إلا في الصبي ؛ لأنه غير مكلف ، ولا إثم عليه إن جار ، ونسب أيضاً لأصبغ .

والرابع لعبد الملك : يصح إلا في الصبي والفاسق ، وذِكر المصنف الصبي مع الكافر والمجنون يوهم أنه متفق عليه ، وليس بظاهر .

فَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَهُ فَثَالِثُهَا : يَمْضِي مَا لَمْ يَكُنِ الْمُحَكَّمُ الْقَاضِيَ

ابن عبد السلام : هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد ، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماضٍ ، وحكى بعضهم أنه يمضي ، لكنه لم يتعرض لنفي الخلاف ، ونص اللخمي على أنه لا يلزم حكم المحكم إذا كان مالكيا والخصمان كذلك إذا خرج عن قول مالك وأصحابه وإن لم يخرج عن ذلك باجتهاده لزم .

وَيَجُوزُ الْعَزْلُ لِمَصْلَحَةٍ

لما فرغ من شروط القاضي وما يتعلق بذلك تكلم على عزله .

وقوله : (**لِمَصْلَحَةٍ**) يريد : أو درء مفسدة ، كما لو رأى أن غيره أصلح أو أقوى ، وأراد نقله إلى بلد آخر أو خطة أخرى .

أصبغ : وينبغي للإمام عزل من يخشى عليه الضعف والوهن ، أو بطانة السوء وإن أمن عليه الجور في نفسه .

وَالْمَشْهُورُ الْعَدَالَةُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُعْزَلَ لِمُجَرَّدِ الشَّكِيَّةِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعْزَلَ إِنْ وُجِدَ بَدَلُهُ ، وَقَدْ عَزَلَ عُمَرُ سَعْداً رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وَهُوَ أَعْدَلُ مَنْ بَعْدَهُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ...

الأول لمطرف قال : لا يعزل المشهور بالعدالة والرضا بالشكية فقط وإن وجد منه بدلاً ؛ لأن في ذلك فساد للناس على قضاتهم ، وإن لم يكن مشهوراً بالعدالة والرضا فليعزله إذا وجد منه بدلاً وتظاهرت الشكية عليه ، فإن لم يجد منه بدلاً كشف عنه ، فإن كان على ما يجب أبقاه ، وإن كان على غير ذلك عزله .

وقال أصبغ : أَحَبُّ إليَّ أن يعزل بمجرد الشكية وإن كان مشهور العدالة ، واحتج بقضية سعد ، وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة رضي الله عنهم .

ابن عبـد السلام : جعل المصنف الخلاف في مشهـور العدالة ، وهو صحيح ؛ ألا ترى إلى احتجاج أصبغ ، وبعضهم أشار إلى أن الخلاف فيـمن لم تتحقق عدالته ، وأما مشهور العدالة فيتفق عنده على أن لا يعزل بمجرد الشكوى .

أصـبغ : وإذا علمت الشكية وتظاهرت فليوقفـه بعد عزله للناس ؛ ليرفع من يرفع ، ويحـقق من يحقق ، فـقد وقف عـمر سـعداً فلم يصح عليـه شيء من المكروه رضي الله عنهما، وقد دعا على من كذب عليه في تلك القضية فاستجيب له فيه .

ولأشهب في «المجـموعة» : إذا شُكي القـاضي في أحكامه ومـيله بغير حق ، فـينبغي للإمام أن ينظر في أمره قَلَّ شاكوه أو كثـروا ، فيبعث إلى رجال من أهل بلده ممن يثق بهم فيسألـهم عنه سرا، فإن صدقوا قول الشكاة عـزله ونظر في أقضيته فيـمضي ما وافق الحق ويبطل ما خـالفه ، وإن قال مَـنْ سألهم عنه : لم نعلم إلا خيـراً وهو عدل عندنا ، ثبَّـته وتفقد أقضيته ، فما خالف السُّنَّة رَدَّهُ وما وافـقها أمضاه ، ويحمل على أنه لم يتعمد جوراً ولكنه أخطأ .

مطرف وأشـهب : وينبغي للإمام ألا يغفل عن التفـقد لقضاته، فإنهم سنام أمره ورأس سلطانه .

ابن عبـد السلام : وفي النفس شيء من احتجاج الفقهاء في مسـألة القضاء بقضية سعد ونحوها من الأمـراء ، وذلك أن الأمير نظره أوسع من نظر القـاضي ، فإن نظره مقـصور على مسائل الخصام ، وهو مستند فيها إلى الإقرار والبينة وشبه ذلك من الطرق فيظهر عدله وتبعد التهمة في حقه .

وَإِذَا عَزَلَهُ عَنْ سُخْط فَلْيُظْهِرْهُ ، وَعَنْ غَـيْره فَلْيُبَرِّئْهُ ، وَقَدْ عَزَلَ عُمَـرُ شُرَحْبِيلَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا فَـقَالَ : أَعَنْ سُخْطٍ يَا أَمِيـرَ الْمُؤْمنينَ ؟ فَقَالَ : لا ، لَكِنْ وَجَـدْتُ مَنْ هُوَ أَقْوَى مِنْكَ ، فَقَالَ : إِنَّ عَزْلَكَ عَيْبٌ ؛ فَأَخْبِرِ النَّاسَ بِعُذْرِي ، فَفَعَلَ ....

كلامه ظاهر تصوراً وتصديقاً ، وإنما تظهر الجـرحة لئلا يتولى بعد ذلك ، وما ذكره من قضية شرحبيل هكذا ذكرها سحنون في «المجموعة».

ابن عبد السلام : وليس فيها كبير حجة ؛ لأن شرحبيل طلب ذلك ، انتهى ، وفي القضية نظر من وجه آخر ؛ لأن ما نقله صاحب «الاستيعاب»(١) يخالفها ، لأنه نقل أن شرحبيل صيره أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على جيش الشام ولم يزل والياً على بعض نواحي الشام لعمر إلى أن هلك في طاعون عمواس مع أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم في يوم واحد سنة ثمان عشرة ، واستعمل المصنف شرحبيل غير منصرف ، وكذلك ذكره الزبيدي .

وقال صاحب «المحكم»: شرحبيل اسم رجل ، وقيل : هو أعجمي ، هذا يشعر بالخلاف في صرفه .

وَإِذَا مَاتَ الْمُسْتَخْلِفُ لَمْ يَنْعَزِلْ مُسْتَخْلَفُوهُ وَلَوْ كَانَ الْخَلِيفَةَ

(**الْمُسْتَخْلِفُ**) بكسر اللام و (**مُسْتَخْلَفُوهُ**) بفتحها ، وظاهره الإطلاق ؛ فيتناول الإمام والأمير والقاضي ، وهو مقيد بما عدا القاضي ونائبه ، فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي ، نص عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب .

ابن رشد : ولا أعلمهم اختلفوا فيه .

قيل : ولعله أراد المتقدمين ، وإلا فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه في موت الإمام ، وجعلوا مثله مقدم القاضي على النظر للأيتام .

ابن عبد السلام : وعندي أن ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان استناب بمقتضى الولاية على القول بأن له ذلك ، وأما إن استناب رجلاً معيناً بإذن الأمير أو الخليفة فينبغي ألا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي ، ولو أذن له في النيابة إذناً مطلقاً فاختار القاضي رجلاً ففي انعزال هذا الرجل بموت القاضي نظر .

وانظر ما الفرق بين نائب القاضي في انعزاله ونائب الأمير أو الخليفة في عدم انعزاله ؟ وقد استشكل فضل وغيره الفرق بينهما .

فإن قلت : ما وجه المبالغة بقوله : ولو كان الخليفة ؟ **قيل** : لأن الأمير إذا كان مأذوناً له في الولاية فكأن الخليفة ولاه ، فإذا مات الأمير بقي القاضي كأنه مولى من جهة الخليفة ، بخلاف موت الخليفة .

---

(١) « الاستيعاب » (١/ ٢١١) .

فإن قيل : وما الفرق بين الوكيل في عزله بموت موكله وبين القاضي المقدم من الأمير أو الخليفة؟ **قيل**: لأن القاضي لم يقدم لحق الخليفة أو الأمير، وإنما قدم لحق المسلمين؛ فلا يزال والياً حتى يعزله الخليفة أو الأمير الثاني، بخلاف الوكيل فإن من قدم لمصلحته قد مات.

وَلَوْ قَالَ بَعْدَ الْعَزْلِ : قَضَيْتُ بِكَذَا أَوْ شَهِدَ بِأَنَّه قَضَى لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ

لأنه إذا قال: (**قَضَيْتُ بِكَذَا**) مقر على غيره، وإذا شهد بأنه قضى فشاهد على فعل نفسه .

وفي بعض النسخ : (**أَوْ شَهِدَ مَعَ عَدْلٍ**) وهكذا ذكر سحنون ، قال : وكذلك لو شهد مع رجل فلا ينفذ حتى يشهد اثنان سواه ، ومعناه في «المدونة» ، ففيها[1] : وإذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البينة وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده ولم يجزه إلا أن تقوم عليه بينة ، وإن قال المعزول : ما في ديواني قد شهدت به البينة عندي ، لم يقبل قوله ولا أراه شاهداً ، فإن لم تقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة .

وللطالب أن يُحَلِّفَ المطلوب بالله تعالى أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد عليه بها أحد ، وإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة عند الحق .

فإن قيل : لِمَ قَبِلَ المأذون في دين يقر به بعد الحجر عليه ، ولم يقبل قول القاضي بعد عزله وكلاهما كان مطلق اليد ؟ قيل : لأن المأذون لا تهمة عليه ؛ إذ ضرر إقراره عليه لتعلقه بذمته ، ألا ترى أنه لو ضاع المال بقي الدين متعلقاً بذمته بخلاف الحاكم فإن أمره قد سقط بالعزل .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْظُرَ فِي الْمَحْبُوسِينَ وَالأَوْصِيَاءِ وَأَمْوَالِ الْيَتَامَى

هذا شروع منه فيما يَبدأ به القاضي إذا تولى القضاء ، وهكذا قال أصحابنا: إن أول ما ينظر فيه القاضي المحبوسين حتى يعلم مَنْ يجب إخراجه مِنْ العذاب الذي هو فيه وَمَنْ لا يجب ؛ لأن الضرر في ذلك أشد من الضرر في الأموال ، ثم ينظر في الأوصياء ثم في المقدمين ؛ لكون من تكون له مطالبة عليهم قد لا يعرب عن نفسه ، ثم في اللُّقَطَة والضَّوال ثم بين الخصوم ، هكذا ذكر المازري هذا بـ (ثم) والمصنف اكتفى بالتقديم اللفظي.

أصبغ : وينبغي للقاضي إذا قعد أن يأمر بالنداء في الناس : إن كل يتيم لم يبلغ ولا

(١) « المدونة » (٤/ ٢٦١) .

وصي له ولا وكيل، وكل سفيه مستوجب الولاية فقد منعت الناس مداينته ومتاجرته ومن علم أحدا من هؤلاء فليرفعه إلينا لنولي عليه، فمن داينه بعد أو باع منه أو ابتاع فهو مردود.

المازري : وإذا ولي قضاء غير بلده فينبغي أن يسأل عن أحوال عدول ذلك البلد قبل خروجه إليه إن كان بمكانه منْ يعرف حالهم حتى يكون قدومه على خبرة من حالهم ، وقد يفتقر إلى الاستعانة في حال قدومه بأحد منهم فيكون قد عرف حال من استعان به ، وينادي مناد يشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته ، فإذا فرغ نظر في مكانه الذي يجلس فيه ، والعدل أن يكون في وسط البلد .

وَيَخْتَارُ الْكَاتِبَ وَالْمُزَكِّيَ وَالْمُتَرْجِمَ

أي : يختار الكاتب باعتبار أن يكون أعدل الموجودين ، ففي «المدونة»[1] : لا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين إلا العدول المرضيين .

مطرف وابن الماجشون وأصبغ : سواء غاب الكاتب عن كتابته أو لم يغب ، فلا يكون إلا من أهل العدالة والرضا ، وظاهر ما نقله المتيطي عن ابن المواز عدالة الكاتب من باب الأولى ، لأنه قال : وقال ابن المواز : ينبغي أن يكون كاتبه عدلاً فقيها يُكتَبُ بين يديه ثم ينظر هو فيه ، لكن قال اللخمي : لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب .

وقال المازري : ينبغي أن ينظر القاضي فيما يكتبه ؛ لاحتمال أن يزيد أو ينقص غلطاً أو سهواً أو تعمداً لرشوة يأخذها .

وإن كان غير ثقة فلابد من إطلاع القاضي على ما يكتبه ، فيجلسه قريباً بحيث يشاهد ما يكتب عنده ، وإن كان عدلاً فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب ، وقد ترجم بعض أشياخي في وجوب ذلك على القاضي إذا كان الكاتب عدلاً ؛ لأنه إذا شاهد ما كتب أشهد على نفسه بأمر يتيقنه ، وإذا عوّل على تصديق الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع قدرته على اليقين .

وقوله : (**وَالْمُزَكِّيَ**) ظاهره الاكتفاء بالواحد .

أشهب : وينبغي للقاضي أن يتخذ رجلاً صالحاً مأموناً منتبهاً ، أو رجلين بهذه الصفة ؛

---

(١) « المدونة » (٤/ ٢٦٢) .

يسألان له عن الشهـود في السر في مساكنهم وأعمالهم ، وإن قـدر ألا يعرف من يسأل له فذلك حسن .

قال : ولا ينبغي لـلمكشف أن يسأل رجلاً واحداً أو اثنين ، وليـسأل ثلاثة أو أربعة أو أكثر ؛ خيـفة أن يزكيه أهل وُدِّه بخلاف ما يعلمه اثنان أو ثـلاثة من غيرهم ، أو يسأل عنه عدواً فيجرحه ، وينبغي للقاضي ألا يضع أذنه للناس في الناس .

ابن الماجشون : وكل ما يبتدئ فيه القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد ، وما لم يبتدئه هو ، وإنما يبتدئ به في ظاهر أو باطن فلابد من شاهدين فيه .

وفي «الجـواهر»[1]: ويشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب ، وقال الشيخ أبو إسحـاق : إن ترجم عنه واحد أجزأه، واختـار القاضي أبو الحسن أنه إن كـان الإقرار بمال قبل في التـرجمة شـاهد وامرأتان ، وروى أشـهب وابن نافع : يترجم للقـاضي رجل ثقة مسلم مـأمون ، واثنان أحب إلينا ، والواحد يـجزئ ، ولا يقبل ترجمـة كافر أو عـبد أو مسخوط ، ولا بـأس أن يقبل ترجمة امرأة إذا كانت عـدلة ، وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشـون : إذا لم يجد من الرجـال من يترجم له ، قالـوا : وامرأتان ورجل أحب إلينا، انتهى .

وقال سحنون : لا تقـبل ترجمة النساء ولا ترجمة رجل واحـد ولا ترجمة من لا تجوز شهادته ؛ لأن من لا يفهم قوله كالغائب عـنه ، وقيد صاحب «البيان» ما وقع له من أنه لا يقبل ترجمة الكافـر والعبد والمسخوط بوجود العدل ، ولو اضطر إلـيهم لعمل على قولهم كقول الطبيب النصراني ، وغير العدل مما يضطر إليه .

والخلاف في اشتـراط الواحد أو الاثنين مبني على أنه من باب الخبـر أو الشهادة ، لكن ضعف فضل كونه من باب الخبر ؛ لأنه لو كان كذلك لقبل العبد والمسخوط .

وَيَتَّخذَ مَجْلساً يَصِلُ إِلَيْه فيْه الضَّعِيفُ وَالْمَرْأَةُ ، وَفِي «الْمُدوَنَّة»: وَالقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنَ الْحَقِّ وَالأَمْرِ الْقَدِيمِ ....

ابن شـعبـان : من العدل أن يكون منزل القـاضي متوسطاً من المصر ، ويجلس مـتربعاً مستقبل القبلة عليه السكينة والوقار ، أو محتبياً .

(١) « الجواهر » (٣/ ١٣٠) .

مطرف وابن الماجشون : ولا ينبغي للقاضي أن يتضاحك مع الناس ، ويستحب أن تكون فيه عبوسة بغير غضب ، وأن يلزم التواضع والتقرب من غير وهن .

وكلامه في «المدونة» يدل على استحباب القضاء في المسجد ، وأتى المصنف بكلامه في «المدونة» إما استشهاداً لما ذكره من اتخاذ مجلس يصل إليه الضعيف والمرأة ، وإما استشكالاً؛ لأنه قد تدخله الحائض والجنب من غير شعور بهما ، ويؤدي إلى رفع الأصوات فيه ، ولهذا مال إلى الكراهة بعض الأندلسيين .

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ : إِنَّ مَنْ أَدْرَكْتُ مِنَ الْقُضَاةِ لا يَجْلِسُونَ إِلا فِي رِحَابِ الْمَسْجِدِ ؛ فَسُمِّيَتْ رَحْبَةَ الْقُضَاةِ ، وَإِنِّي لأَسْتَحِبُّهُ فِي الأَمْصَارِ مِنْ غَيْرِ تَضْيِيقٍ ؛ لِيَصِلَ إِلَيْهِ الْحَائِضُ وَالذِّمِّيُّ ...

هذا لمالك في «الواضحة» من رواية مطرف وابن الماجشون ، وحمله اللخمي على الخلاف فقال : اختلف في الموضع الذي يجلس فيه للقضاء على ثلاثة أقوال :

فقال في «المدونة»(١) : القضاء في المسجد من الأمر القديم .

وقال في «الواضحة» : كان من مضى من القضاة لا يجلسون إلا في رحاب المسجد خارجاً إما عند موضع الجنائز وإما في رحبة دار مروان وما كانت تسمى إلا رحبة القضاة .

مالك : وإني لأستحب ذلك في الأمصار من غير تضييق ليصل إليه اليهودي والنصراني والضعيف .

وقال أشهب : لا بأس أن يقضي في منزله وحيث أحب ، ففهم اللخمي عن أشهب أنه لا فرق بين المسجد ومنزله وغيرهما ، وفهم غيره عنه أن أشهب إنما أراد تساوي المنزل وغيره في أصل الإباحة ، ولا يخالف في استحباب المسجد ، فلا يكون قوله ثالثاً ، واحتج على جواز القضاء في المسجد بقوله تعالى : ﴿ **إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ** ﴾ [ص:٢١] إلى قوله : ﴿ **فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ** ﴾ [ص:٢٢] وبأنه ﷺ قضى فيه وبأن قاضي عمر بن عبد العزيز كان يقضي فيه ، والأقرب في زماننا الكراهة لكثرة التساهل في العياض في المسجد، والله أعلم .

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٤٤) .

وَلا تُقَامُ الحُدُودُ فِي المَسْجِدِ ، وَيُعَزِّرُ التَّعْزِيرَ اليَسِيرَ

نحوه في «المدونة»(١) ، ومالك : كالخمسة الأسواط والعشرة .

وقـوله : (**وَلا تُقَـامُ**) هو محـتمل للمنع ؛ لأنه ذريعة إلى أن يخـرج منه ما ينجس المسجد، والكراهة تنزيها له .

فرع : وللقاضي أن يتخذ بواباً وحاجباً .

قَالَ مَالِكٌ : وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُتْعِبَ نَفْسَهُ نَهَارَهُ كُلَّهُ ، وَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكْثِرَ فَيُخْطِئَ

قال في «المدونة»(٢) : ولا ينبغي للقاضي أن يكثر الجلوس جداً .

وفي «الموازية» لمالك : ينبغي أن يكون جلوسه في سـاعات من النهار ؛ لأني أخاف أن يكثر فيخطئ ، وليس عليه أن يتعب نفسه للناس نهاره كله .

وكلام مالك أولاً يشعر عرفاً بإباحة إتعاب نـفسه ، وكلامه آخراً يشعر بمنعه من ذلك ، ولعله استعـمل الكلام الأول بحسب أصل اللغة ؛ فإن المكروه والمحـرم ليس على الإنسان فعلهما .

وَلا يَنْبَغِي أَنْ يَجْلِسَ أَيَّامَ النَّحْرِ وَيَوْمَ الفِطْرِ وَيَوْمَ سَفَرِ الحَاجِّ وَقُدُومِهِ وَفِي كَثْرَةِ المَطَرِ وَالوَحْلِ ؛ لأَنَّهُ يَضُرُّ بِالنَّاسِ ، وَبَعْدَ الصُّبْحِ وَبَيْنَ الظُّهْرِ وَالعَصْرِ وَبَيْنَ العِشَاءَيْنِ ....

لأن للناس اشتـغالاً في هذه الأيام ، وكذلـك يوم التروية ونحو ذلك ، ويوم عـرفة ، وكلامه ظاهر .

قال علماؤنا : وينبـغي أن يكون جلوس القاضي معلوماً لا يخـتلف ؛ لأنه إذا اختلف جلوسه انقطعوا عن مهماتهم لعدم معرفتهم بوقت جلوسه .

ابن الماجشـون ومطرف بعد أن ذكـرا نحواً مما قاله المصنف : ومـا علمنا من فعله من القضاة إلا لأمر يـحدث في تلك الأوقات فلا بأس أن يأمر فيـها وينهى ويسجن ، ويرسل للأمير أو الشُّرَطِ ، وأما الحكم فلا .

ولأشهب : لا بأس أن يقضي بين المغرب والعشـاء إذا رضي الخصمان ، فأما أن يكلف

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٤٤) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٢٣) .

كاره الخصومة فلا ، ولا بأس أن يقضي بعد أذان الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويرسل إلى الخصم يحضره ثم يقضي عليه إن شاء .

والوحل : هو الطين الجاري .

وَفِي كَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مُرُورِهِ إِلَى الْمَسْجِدِ قَوْلانِ

الكراهة لسحنون ومطرف وابن الماجشون وأشهب ، والجواز لأشهب أيضاً بشرط ألا يشغله المسير ورحبة الناس والنظر إليهم ؛ لأن ذلك يمنع من الفكر التام وليس لمروره إلى المسجد خصوصية ، بل كل مسير كذلك .

ولا بأس أن يقضي وهو متكئ ، نقله ابن زرقون ، وقال اللخمي : ولا يحكم متكئاً ، لأن فيه استخفافاً بالحاضرين ، وللعلم حرمة .

واختلف القرويون إذا أراد المسلم خصام اليهودي يوم السبت هل يمكن من ذلك أم لا ؟

المازري : وألف بعضهم على بعض في ذلك .

وَلا يَحْكُمُ فِي حَالِ غَضَبٍ وَلا جُوعٍ ، وَلا مَا يُدْهِشُ عَنِ الْفِكْرِ

لما في البخاري عنه عليه السلام : «**ولا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان**»[(١)] .

وَخَرَّجَ الدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «**لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان**»[(٢)] ، فذكر الحكم مع وصف مناسب له ، ففهم منه أن المقصود ما يشوش الفكر .

قال في «المدونة»[(٣)] : وإذا دخله هم أو ضجر فليقم .

وأجاز له أشهب وابن عبد الحكم إجماع نفسه في الحديث في مجلس قضاته ؛ ليرجع إليه فهمه ، ومنعه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب لظاهر «المدونة» .

اللخمي : والأول أحسن ، وهو أحب من قيامه وصرف الناس .

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٣٩) ومسلم (٧/ ١٧) . من حديث أبي بكرة - رضي الله عنه -

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦) والطبراني في « الأوسط » (٤٦٠٣) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠٠٦٩) . وقال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط وفيه القاسم بن عبد الله بن عمر ، وهو متروك كذاب ، وقال : لا يروي عن النبي ﷺ بهذا الإسناد .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٢٣) .

فرع :

فإن حكم في حال غضب مضى ، وفرق ابن حبيب بين القليل والكثير .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَحْكُمَ بِمَحْضَرِ الْعُدُولِ ؛ لِيَنْقُلُوا الإِقْرَارَ فَيَحْكُمُ بِهِ ، وَيَكْتُبُهُ خَشْيَةَ نِسْيَانِه ...

ظاهر قـوله : (**وَيَنْبَـغِي**) أنه ليس بواجب ، وقال المازري : يؤمر بذلك ويتـأكد الأمر على القول بأن القاضي لا يحـكم بعلمه ، وقال اللخمي : لا يجلس للقضـاء إلا بمحضر عدول ليحـفظوا إقرار الخصوم خـوف رجوع بعضهم عن ما يقـرُّ به ، وإن كان ممن يحكم بعلمه ، فإن أخذ بما لا خلاف فيه أحسن .

ابن راشـــد : مذهب مـالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقـرار الخصم لا يحكم بإقراره عليه حتى يشهد بإقراره شاهدان ، ثم يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك .

ابن الماجشون : والذي عليه قضاة المدينة ، ولا أعلم أن مالكاً قال غيره - أنه يقضي بما سمع منه وأقر به عنده ، وأنهم رأوا أن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقرا به ولذلك قعدوا ، والأول هو المشهور .

خـليل : وإن كان الأول هو المشهور فيكون إحضاره للشهود واجباً ، وإلا فلا فائدة في جلوسه .

وقوله : (**وَيَكْتُبُهُ**) مرفوع مستأنف ؛ أي : ويأمر كاتبه أن يكتب الحكم خيفة نسيانه ، ويحتـمل (**ويـكتـب**) بالنصب ؛ أي : ويأمر كاتبه بـشرح الدعوى والإنكار واسم المسألة وأسماء المتداعيين وأنساب الجميع وما يعرفون به وما يحكم به بينهما ، ويحفظه في خريطة أو جراب أو غيره ، ويختم عليه حتى لا ينساه ، ويكتب علـيه خصومة فلان في شهر كذا من سنة كذا ، ويجعل خصومة كل شهر على حدة .

وَقَالَ أَشْهَبُ وَمُحَمَّدٌ : وَبِمَحْضَـرِ أَهْلِ الْعِلْمِ وَمُشَاوَرَتِهِمْ كَعُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ : لا يَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَهُمْ وَلَكِنْ يَسْتَشِيرُهُمْ كَعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ....

هذا معطوف على قوله : (**بِمَحْضَرِ الْعُدُولِ**) .

وقوله : (**كَعُثْمَانَ**) إشارة إلى ما حكاه أشهب أن عثمان رضي الله عنه كان إذا جلس للقضاء أحضر أربعة من الصحابة رضي الله عنهم ثم استشارهم ، فإذا رأوا ما رآه أمضاه ، وقال مطرف : فلا ينبغي أن يحضرهم كفعل عمر .

وقيده اللخمي بألا يكون مقلداً فلا يسعه القضاء بغير محضرهم .

المازري : وقول مطرف وغيره إنما هو إذا كان فِكْرُ القاضي في حال حضورهم كعدم حضورهم معه ، وأما إن كان حضورهم يُكْسِبُهُ ضجراً حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فإنه يرتفع الخلاف ، وكذلك إذا كان القاضي من البلادة على حالة لا يمكنه ضبط قول الخصمين وتصور مقاصدهما حتى يستغنى عنه - فإنه يرتفع أيضاً الخلاف ، ولا يختلف في وجوب حضورهم .

وَلا يَنْبَغِي لِقَاضٍ أَنْ يَثِقَ بِرَأْيِه وَيَتْرُكَ الْمُشَاوَرَةَ وَيَسْتَكْبِرَ عَنْهَا ، فَقَدْ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَلَى الْمِنْبَرِ عَنِ الْجَدَّةِ ، وَعُمَرُ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا عَنِ الْجَدِّ ، وَسَأَلَ عَنْ مِيرَاثِ الْمَرْأَةِ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا ....

هو ظاهر التصور ؛ لأن الجماعة إذا فكروا كان ما اتفقوا عليه أوثق في النفس ، وقد ورد الشرع بها فقال لنبيه ﷺ : ﴿ **وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ** ﴾ [آل عمران:١٥٩] ، وهو إن كان المراد منه أمور الحرب فالجميع سواء ، وبالغ الشافعي في هذا حتى قال : يجمع المخالفين له في المذهب ويشاورهم كما تقدم .

ابن عطية في تفسيره : ومن لا يستشير أهل العلم والدين فَعَزْلُهُ واجب ، هذا ما لا خلاف فيه .

سحنون : ولا يستشير من يشهد عنده فيما شهد فيه بعض من تكلم على هذا الموضع ، ولم يقع في «الموطأ» و«أبي داود» و«الترمذي» و«النسائي» في قصة عمر أنه سأل ، وإنما ذكر عمر أنها لا ترث من الدية فأخبره الضحاك بن سفيان الكلابي أن رسول الله ﷺ وَرَّثَ امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها[1] .

وَلا يُفْتِي الْحَاكِمُ فِي الْخُصُومَاتِ ، وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : لا بَأْسَ بِهِ كَالْخُلَفَاءِ الأَرْبَعَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ....

يعني : أن له الإفتاء في غير مسائل الخصام ، والمشهور أنه لا يفتي في الخصام ؛ لأن

---

(١) أخرجه مالك (١٥٥٦) وأبو داود (٢٩٢٧) والترمذي (١٤١٥) وابن ماجه (٢٦٤٢) وأحمد (١٥٧٨٣) والدارقطني (٤/ ٧٧) والبيهقي في « الكبرى » (١٥٨٤٣) وصححه الألباني - رحمه الله - .

إفتاءه في ذلك من إعانة الخصوم على الفجـور ؛ لأنهم إذا عرفوا مذهب القاضي تحيلوا في التـوصل إلى ذلك المذهب أو في الانتقـال عنه ، وأيضاً فـإذا علم مذهبـه يكون مشـروطاً بشرط ، فمن لا يعرف ذلك الشرط اعـتقد في القاضي - إذا لم يحكم بذلك المذهب لعدم ذلك الشرط - أنه مـال عن الحق ، وأجاز له ابن عـبد الحكم ذلك بغيـرها ؛ لأنه لم ينقل عن الخلفاء التوقف في مسائل الخصام .

وَلا يَشْتَرِي بِنَفْسِهِ وَلا بِوَكِيلٍ مَعْرُوفٍ

ظاهره في مجلس قضائه وغيره ، ونحوه ذكر ابن شاس[١] ، وبمعناه عن محمد بن عبد الحكم .

ابن عـبد السـلام : ولا تبعد صحتـه ، إلا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز بيـعه وشرائه ابتـداءً ، وحكى المازري عن الشافعي مـثل ما حكاه المؤلف هنا ، انتهى .

أي : لأن المازري نقل عن أصحـاب مالك أنهم أجازوا للقـاضي الشراء إذا لم يكن في مجلس قضائه ، ولم يجيزوا له ذلك في مجلس قضائه ؛ لما فيه من شغل باله .

مطرف وابن الماجشون : ولا يشتغل في مجلس قضائه بالبيع والابتياع لنفسه .

سـحنون : وتركه أفضل ، قال : ولا بأس بذلك في غيـر مجلس قضائه له أو لغيره ، وما باع أو ابتاع في مـجلس قضائه فنافذ ، إلا أن يكون أكره غيـره على هضمه فليس هذا بعدل وهو مـردود ، كان في مجلس قـضائه أو غيـره ، والذي ذكره المازري هو الذي في «النوادر»[٢] وغيرها .

ويتورَّعُ عَنِ الْعَارِيَةِ وَالسَّلَفِ وَالْقِرَاضِ وَالإِبْضَـاعِ وَالْوَلائِمِ ، إِلا وَلِيمَةَ النِّكَاحِ الْعَامَّةَ ، وَلا بَأْسَ بِأَكْلِهِ فِيهَا ....

ظاهر كلامـه أن هذه الأمور أخف من المبايعة ؛ لتـعبيره في الشـراء بـ (لا يفعل) وهنا (يَتَـوَرَّعُ) والعكس أولى ؛ لأن العارية ونحوها انتفاع بمال غـيره بغير عوض ، وفي التي قـبلها إنما يتـوهم ذلك ولا يتحـقق ، لكن هذه الأشـياء إلا الوليـمة ذكـرها مطرف وابن

(١) « الجواهر » (٣/ ١٤٠) .
(٢) « النوادر والزيادات » (٨/ ٢٦) .

الماجشون بهذه العبارة ، وهما قد أجازا الشراء فلا تناقض على مذهبهما ، وإنما الإشكال على ما ذكره المصنف **لا يقال** : أنت نقلت عنهما أنه يتنزه عن الشراء ؛ **لأنا نقول** : التنزه لا ينافي الجواز .

مطرف وابن الماجشون : ولا ينبغي له أن يجيب الداعي إلا في الوليمة وحدها للحديث، ثم إن شاء أكل أو ترك .

وقال أشهب : لا بأس أن يجيب الدعوة العامة ، كانت وليمة أو صنيعاً عاماً لفرح ، فأما أن يدعى مع عامة لغير فرح فلا .

وقال سحنون : يجيب العامة دون الخاصة ، والتنزه أحسن .

ابن المواز : وكره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم ، ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى ، وتسليمه على أهل المجالس ، ورده على من سلم عليه ، ولا ينبغي إلا ذلك .

وَلا يَقْبَلُ هَدِيَّةً مُطْلَقاً وَلَوْ كَافَأَ عَلَيْهَا أَضْعَافَهَا ، إلا مِنْ وَلَدِهِ أَو وَالِدِهِ وَأَشْبَاهِهِمْ

ظاهر قوله : **(وَلا يَقْبَلُ)** المنع ، وعليه ينبغي أن يحمل قوله .

ابن حبيب : لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقاضيه وجباة أموال المسلمين الهدايا ، قال : وهو مذهب مالك وأهل السنة ، وذلك كما قال ربيعة : إنها ذريعة إلي الرشوة ، ولهذا قال عليه السلام في العامل الذي بعثه على الصدقة فقال : هذا لكم وهذا أهدي لي : «**ما بال عامل أبعثه فيقول : هذا لكم وهذا لي ، أفلا قعد في بيت أبيه أو بيت أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا ؟! والذي نفس محمد بيده لا ينال أحد منكم منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على عنقه ؛ بعير له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر ، ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه ، ثم قال : اللهم هل بلغت**» مرتين وقال ﷺ في مثل هذا : «**إنه غلول**»(١) .

وقوله : **(مُطْلَقاً)** أي : سواء كانت حال الخصام أو قبله ، ولو كافأ عليها أضعافها .

وعن أشهب جواز قبولها من غير الخصوم إذا كافأ عليها بمثلها .

ثم استثنى الولد والوالد ، ونحوهم من الخالة والعمة وبنت الأخ ؛ لارتفاع التهمة ؛

---

(١) أخرجه مسلم (١٨٣٢) .

لأنه معـلوم أن بينه وبين أبيه وولدهِ من الحـرمة وشـدة الميل ما لا يحـتاج مـعه إلى تأكـيد الهـدية، ولأن مثل هؤلاء إنما تطـرق التهـمة إلى القـاضي إذا حكم من جـهة القـرابة من الهـدية، بخلاف الأجـانب والأقارب البـعداء على عـادتهم من إهدائهم له قـبل الولاية ، ومنعهم على قولين : الجواز لابن عبد الحكم .

ابن حبـيب : ويأخذ الإمام من قضاته وعمـاله ما وجد في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال ، ويحصى ما عند القاضي حين ولايته ، ويأخـذ ما اكتسبه زائداً ، وقدر أن هذا التكسب إنما اكتسـبه بجاه القضاء ، وتأول أن مـقاسمة عمـر رضي الله عنه ومشاطرته لعماله كأبي موسى وأبي هريرة وغيرهما رضي الله عنهم إنما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبوه بالقضاء والعمالة .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَ الرَّاكِبِينَ مَعَهُ ، وَالْمُصَاحِـبِينَ وَالْمُلازِمِينَ فِي غَيْرِ حَاجَةٍ ، وَيُخَفِّفُ مِنَ الأَعْوَانِ مَا اسْتَطَاعَ ....

ابن عـبـد السـلام : لأن بكثرتهم تعـظم عنده نفسه ، ويسـتأكل من معـه بذلك أموال الناس، ولأن الأعوان إنما يعـيشـون غالباً من تجنيب الخـصوم وقلب الأحكام ، خـلاف ما كانوا عليه أيام سحنون أن لهم أرزاقاً من بيت المال .

مطرف وابن الماجشون : ولو استغنى عن الأعوان أصلاً لكان أحب إلينا .

وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَدِّبَ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِذَا أَسَاءَ عَلَى الآخَرِ مَا يَسْتَحِقُّهُ

ظاهره أن الحق في ذلك لله تعالى ؛ لانتهاك حرمة مجلس الحكم ، ونحوه لمطرف وابن الماجشـون ، قالا : إذا شـتم الخصم فقـال : يا فاجـر ، يا ظالم ، ونحو ذلك فليـزجره وليضربه على مثل هذا ما لم تكن فلتة من ذي مروءة فليتجاف عن ضربه .

ابن عبد السلام : ولا يَعُدُّ الفقهاء تكذيب أحد الخصمين فيما ادعى عليه وشبه ذلك من السباب ، ولو كان بصيغة كذب وشبهها من ذلك ، انتهى .

ومن أحكام ابن زياد : ومن قال للشهود أو لأهل الفتـوى : تشهدون أو تفتون علي ، لا أدري من أكلم كأنه ذهب مذهب التوبيخ لهم ، فقال ابن كنانة وابن غالب : يؤدب أدباً وجيعاً .

وفي «المجـموعـة» : إذا قال للشـاهد : شهـدت علي بالزور وَقَـصْدُهُ أذاه نُكِّلَ بقـدر حالهما، وإن كان إنما عنى : أن الذي شهدت به عليَّ باطل لم يعاقب .

وَيَنْبَغِي ذَلِكَ إِذَا أَسَاءَ عَلَى الْحَاكِمِ ، إِلا فِي مِثْلِ : اتَّقِ اللهَ فِي أَمْرِي وَشِبْهِهِ ، وَلا يُعْظِمُ عَلَيْهِ...

عبر في الأول بـ (**يَجِبُ**) وهنا بـ (**يَنْبَغِي**) وكذلك فعل مطرف وابن الماجشون ، ووجهه ظاهر ؛ لأنه هنا كالمنتقم لنفسه ، وليس هو حقيقة ، ولهذا قال مطرف وابن الماجشون : إن الأدب في مثل هذا أمثل من العفو .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام مالك أن هذه المسألة في الوجوب كالتي قبلها ؛ لأنه روي عن ابن القاسم : إن قال : ظلمتني فذلك يختلف ، فإن أراد بذلك أذى القاضي وكان القاضي من أهل الفضل فليعاقبه .

قوله : (**إلا فِي مِثْلِ : اتَّقِ اللهِ....إلخ**) هذا لابن عبد الحكم ، زاد : ويجيبه جواباً لَيِّنًا، نحو : رزقني الله تقواه ، أو ما أمرت إلا بخير ، وعلينا وعليك أن نتقي الله، وليس له من أين يحكم عليه من غير أن يُظْهِرَ لذلك غضباً .

وَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّخِذَ مَنْ يُخْبِرُهُ بِمَا يَقُولُ النَّاسُ فِي أَحْكَامِهِ وَشُهُودِهِ وَسِيرَتِهِ ؛ فَإِنَّ فِيهِ تَقْوِيَةً عَلَى أَمْرِهِ ....

هذا لابن عبد الحكم ؛ لأنه إذا أخبره بما يكره منه تركه ، أو مِنْ أعوانه عَزَلَهُ بعد الفحص عن أمره .

وَإِذَا صَحَّ عَلَى أَحَدٍ أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالزُّورِ وَيَأْخُذُ الْجُعْلَ عَزَّرَهُ عَلَى الْمَلأِ ، وَلا يَحْلِقُ لَهُ رَأْساً وَلا لِحْيَةً ....

صح أنه عليه السلام عدَّ شاهد الزور من الكبائر(١) .

ابن عبد البر (٢): وأجمعوا على أنه إذا لم يكن له مخرج بغفلة أو خطأ أو نسيان أنه يؤدب، وهذا إذا ظهر عليه ، وأما إن جاء تائباً فذكر اللخمي قولين :

الأول لابن القاسم : لو أُدِّبَ لكان لذلك أهلاً .

الثاني لسحنون : لا يعاقب ، وما ذكره المصنف هو لابن عبد الحكم في «النوادر»(٣) ،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥١١) ومسلم (٨٧) من حديث أبي بكرة رضي الله عنه .

(٢) « الإستذكار » (٧/ ١٠٢) .

(٣) « النوادر والزيادات » (٨/ ٣٩٠) .

قال: إذا ثبت عليه أنه يشهد بالزور ، ويأخذ على شهادته الجعل رأيت أن يطاف به ، وَيُشَهَّر في الَمجَالسِ والْحِلَقِ وحيث ما يعرف جماعات الناس ، ويضرب ضرباً موجعاً ، ولا يحلق له رأساً ولا لحية ، ويكتب القاضي بشأنه وما ثبت عنده كتاباً ، وينسخه نسخاً يرفعها عند الثقات .

إلا أن الشيخ أجمل في التعزير ، وقد صرح ابن عبد الحكم بأنه على الملأ ، وتبع المصنف في قوله : **(وَيَأْخُذُ الْجُعْلَ)** الروايةَ ، ولا مفهوم لذلك ؛ لأن العقوبة المذكورة في المذهب سواء أخذ جعلاً أم لا ، ولعل ابن عبد الحكم ذكر ذلك على الغالب ، ونص مالك على أن التأديب بقدر ما يرى القاضي ، وكذلك نص مالك على أنه يجلد ، ولم يذكر عدداً .

ابن الماجشون : بالسوط .

ابن كنانة : ويكشف عن ظهره .

مالك : ويطاف به في الأسواق والجماعات ويسجن ، ولا أرى الحلق والتسخيم ، ورأى ابن العربي أن يسود وجهه .

فَإِنْ كَانَ ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ فَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبداً ؛ لأَنَّهُ لا تُعْرَفُ تَوْبَتُهُ...

مفهومه: إن لم يكن ظاهر العدالة حين شهد بالزور أنه تقبل شهادته، وفي ذلك قولان:

أحدهما: عدم القبول وهو ظاهر إطلاق «المدونة» ونقله في «النوادر»(١) عن ابن القاسم.

وثانيهما : لابن القاسم ، قال في «النوادر»(٢) : وأظنه لمالك : القبول ، فقيل على هذا: إن كان ظاهر العدالة لم تقبل اتفاقاً ، وإن كان غير ظاهر العدالة فقولان ، وعكس ابن رشد(٣) فقال :إن كان ظاهر العدالة فقولان،وإن لم يكن ظاهر العدالة لم تقبل اتفاقاً .

ابن عبد السلام : والطريق الأول أنسب للفقه ، والثانية أقرب لظاهر الروايات ؛ لأن ابن المواز قال : تعرف توبته بالصلاح والتزيد في الخير ، وكذلك أشار إليه ابن الماجشون ؛ لأن التزيد في الخير لا يكون إلا في ظاهر العدالة .

---

(١) « النوادر والزيادات » (٨/ ٣٩٠) .

(٢) « النوادر والزيادات » (٨/ ٣٩١) .

(٣) « المقدمات » (٢/ ١٤) .

وَفِي جَوَازِ حُكْمِ الْحَاكِمِ لِمَنْ لا تَجُوزُ لَهُ شَهَادَتُهُ ثَالِثُهَا : قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : إِلا لِزَوْجَتِهِ وَيَتِيمِهِ الَّذِي يَلِي مَالَهُ ....

الجواز لأصبغ إذا لم يكن من أهل التهمة ، قال : وقد يحكم للخليفة وهو أقوى تهمة؛ لتوليته إياه .

والمنع لأشهب ومحمد ومطرف نظراً للتهمة ، واختاره اللخمي ، قال : ولا فرق في ذلك بين الحكم والشهادة .

والتفرقة لابن الماجشون نظراً إلى قوة التهمة في زوجته وفي يتيمه الذي يلي ماله وأحرى ولده الصغير ؛ إذ كأنه حكم لنفسه ، وأما غيرهم فلا يتوهم فيه .

وحكى اللخمي رابعاً عن أصبغ أيضاً بالتفرقة ، فإن قال : ثبت عندي ولا يدرى أثبت عنده أو لم يثبت لم يجز مطلقاً ، وإن أحضر الشهود وكانت الشهادة ظاهرة بِحَق بَيِّنٍ جاز إلا لزوجته وولده الصغير ويتيمه الذي يلي ماله ، وأشار اللخمي إلى أنه متى كان الحكم بغير مال وكان ممن يتضمن ما تدركه فيه الحمية أو ما تدفع فيه المعرة لم يجز بحال .

وَلا يَحْكُمُ عَلَى عَدُوِّهِ

هو متفق عليه ، واتفاقهم هنا واختلافهم في الأول يدل على أن مانع العداوة أقوى من مانع المحبة .

وَلا يَتَعَقَّبُ أَحْكَامَ الْعَدْلِ الْعَالِمِ وَلا يَنْقُضُ مِنْهَا إِلا مَا خَالَفَ الْقَطْعَ أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّ لَهُ فِيهِ رَأْياً فَحَكَمَ بِغَيْرِهِ سَهْواً ....

تعقب الأحكام هو اختيارها لينظر ما وافق الحق وما خالفه ، وعلى هذا فالتعقب سابق للنقض وأعم منه ، وقد نفى الأعم فينتفى الأخص بانتفائه .

وقوله : (**الْعَدْلِ الْعَالِمِ**) تقسيم منه للقاضي ، وحاصل ما ذكره هو وغيره ثلاثة أقسام :
الأول : أن يكون المعلوم من حال القاضي العدالة والعلم فلا يتعقب القاضي الذي يليه أحكامه ؛ لئلا يكثر الهرج والخصام ، إلا أن يخالف في حكمه القطع فينتقض حينئذ .

فإن قلت : لا يعلم ما خالف القطع إلا بعد التعقب ، **قيل** : يجوز أن يرفع إليه فيظهر خطأه من غير تأمل .

وقوله : **(إِلا مَا خَالَفَ الْقَطْعَ)** نحوه في «الجواهر» وهو يقتضي أنه لا ينقض ما خالف الظن الجلي .

وليس بظاهر ، بل قـالوا : إذا خالف نص السنة غـير المتـواترة أنه ينقض ، ولا يفـيد القطع ، نقله ابن عبد السلام عن بعضهم .

وينقض إذا خالف القـياس الجلي ، ولهذا قـال القرافي(١) : ينقض حكـم الحـاكم إذا خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً أو قياساً جلياً .

ابن حبيب عن ابن الماجشون : ويرد ما اختلف فيه الناس مما في كتاب الله ، أو فيه سنة قائمة عن رسول الله ﷺ كـاستسعاء العبد المعـتق بعضه ، وشفعة الجار ، أو بعـد القسمة والحكم بشهادة النصراني أو اليهودي لمثله ؛ لأنه على خلاف قوله تعالى : ﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله : ﴿ **مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، أو ميراث العمـة والخالة والمولى الأسفل ، وكـذا ما تواطأ عليه أهل المدينة ، أو شـاع العمل به عن الصحابة والتابعين .

وأما ما كان من رأي العلماء أو استحساناً فلا ينقضه وإن كان على خلاف رأي المدينة ، قال : وهذا في كل ما يأخـذه الحاكم ويعطيه ، فأما ما هو ترك لما فـعل الفاعل مثل الذي يخير امرأته فـتختار نفسهـا - فقد قال بعض الناس : إنها واحدة بائنة - فـإن تزوجها قبل زوج فرفع إلى حاكم يرى ذلك فـأقره ولم يفرق بينهما ، ثم رفع إلى من ولي بعـده فهذا يفسخ نكاحها ويجعله البتـة ، وليس إقرار الأول حكماً منه وإن أشهد على ذلك وكتب ، ومثله من حلف بطلاق امرأة إن تزوجها ، ثم نكحـها ، أو بعتق عبد إن ملكه ثم رفع إلى الحاكم فأقـر الملك والنكاح ، أو أقام شاهداً على قتل رجل فرفع إلى من لا يرى القـسامة فلم يحكم بـهـا ، ثم رفع ذلك كله إلى من يرى الحكم فـليـحكم ولا يضـره ترك الأول لذلك؛ لأن تركه ليس بحكم .

قال : وكـذلك إن أقام شاهداً عند من لا يرى الشاهد والـيمين فلم يحكم به ، ثم رفع إلى من يراه فليـحكم وإن كـان فيـه سنة قائمـة ؛ لأن الأول إنما ترك النظر فـيه ، وقـاله مطرف، وروى أكثره عن مالك ، وقاله أصبغ .

---

(١) « الذخيرة » (١٠/ ٩٥) .

ونقل ابن عبد الحكم عن مالك فيمن طلق البتة فرفع إلى من يراها واحدة فجعلها واحدة ولم يمنعه من نكاحها ، فنكحها الذي أبتَّها قبل زوج أنه يفرق بينهما ، وليس هذا من الاختلاف الذي يقر إذا حكم به .

قال ابن عبد الحكم : لا ينقض ذلك كائناً ما كان ، ما لم يكن خطأً بيِّنًا .

فصل : والذي حكاه سحنون عن ابن القاسم ملائم لقول ابن عبد الحكم أنه لا ينقض ما اختلف فيه ، وما كان من جور وخطأ بيِّن لم يختلف الناس في خطئه ورده ، **فإن قلت** : فهل يأتي كلام المصنف على هذا ؟ **قيل** : لا ؛ لاحتمال أن يتفقوا على ظن جلي .

والظاهر أن ما ذكره ابن حبيب من الفرق بين أن يعمل أو يترك لا يأتي على مذهب ابن القاسم ، ألا ترى قول المصنف : **(وَفِي مِثْلِ تَقْرِيرِ نِكَاحٍ بِلا وَلِيٍّ....إلخ)** فاعلمه .

المازري : والقول بنقض حكمه باستسعاء العبد بَعِيدٌ ؛ لأنه قد روى مسلم وغيره حديث الاستسعاء وكذلك الشفعة للجار مع ورود أحاديث تقتضيها .

وقوله : **(أَوْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ)** أي : فينقض أيضاً ، ومعناه : إذا حضرته البينة وعلمت قصده في الحكم وعدوله عنه على سبيل الخطأ ، فإذا شهدت بذلك البينة عند الثاني نَقَضَهُ ، هكذا قال ابن محرز .

عياض : وكذلك عندي إذا كان الحاكم يلتزم مذهباً ويحكم بتقليده لا باجتهاده فحكم بحكم من يرى أنه مذهبه وغلط فيه فله هو نقضه دون غيره .

وَأَمَّا الْجَاهِلِ فَيَتَعَقَّبُهَا ، وَيُمْضِي مَا لَمْ يَكُنْ جَوْراً

هذا هو القسم الثاني ؛ يعني : وأما أحكام العدل الجاهل فيتعقبها ؛ أي : يتصفحها ، ويمضي منها الذي لم يكن جوراً ، وحكى المازري رواية شاذة أن الجاهل تُنْقَضُ أحكامه وإن كان ظاهرها الصواب ؛ لأنه وقع منه من غير قصد .

ابن عبد السلام : وقيد بعضهم ما ذكره المصنف بما إذا كان يشاور أهل العلم في أحكامه، وأما إذا كان لا يشاورهم فتنقض كلها ؛ لأنه حكم حينئذ بالحدس والتخمين ، وهو صحيح ، انتهى .

وقال اللخمي : تتعقب أحكام العدل الجاهل ، إلا أن يعلم أنه لا يحكم إلا بعد مشاورة أهل العلم ، ورأى إذا كان يحكم من غير مطالعة أهل العلم أَنْ يَرُدَّ مِنْ أحكامه ما كان مختلفاً فيه ؛ لأن ذلك كان منه تخميناً وحدساً ، والقضاء بذلك باطل .

وتُنْبَذُ أَحْكَامُ الْجَائِرِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : هُوَ كَالْجَاهِلِ .

هذا هو القسم الثالث ، ومعنى (**تُنْبَـذُ**) أي : تطرح كلها ، وقد تقـدم قول أصبغ أول الباب حيث قال : (**وَقَالَ أَصْبَغُ : الْعَدْلُ مِنَ الثَّانِي**) يريد : كان عالماً أو جاهلاً .

وَنَقْلُ الأَمْلاك وَفَسْخُ الْعُقُود وَشِبْـهُهُ وَاضِحٌ أَنَّهُ حُكْمٌ ، وَفَتْوَاهُ فِي وَاقِـعَة وَاضِحٌ لَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحُكْم ، وَفِي مِثْلِ تَقْرِيرِ نكَاحٍ بلا وَلِيٍّ رُفِعَ إِلَيْه فَـأَقَرَّهُ قَالَ ابْنُ الْقَـاسِمِ : حُكْمٌ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَيْسَ بِحُكْمٍ ، فَلَوْ قَالَ : لا أُجِيزُهُ وَلَمْ يَفْسَخْهُ فَفُتْيَا ....

لما قَدَّمَ أن حكم القـاضي لا ينقض إلا في مسائل شرع في بيـان الحكم ، وجعله ثلاثة أقسام :

الأول : اتفق على أنـه حكم كنقل الأمـلاك من يد إلى يد ، وفـسـخ العـقـود من بيع وشراء .

والثاني : اتفق على أنه ليس بحكم كفتواه في واقعة باجتهاده أو مذهبه ؛ لأن الفتوى لا ترفع الخلاف .

والثـالث : مختلف فيه كما لو زوجت امرأة نفـسها بغير ولي ورفع إلى قاض فأقره ولم يفسخه - فقال ابن القاسم : إقـراره له حكم ولا ينقض ، واختاره ابن محرز وقال : لأنه لا فرق بين أن يحكم بإمـضائه أو فسخه ، ورأى ابن الماجـشون أنه ليس بحكم ، وإنما هو ترك لما فعل الفاعل من ذلك ، وإمساك عن الحكم عليه .

وجملة (**رفع إليه فأقره**) تفسيرية لقوله : (**تَقْرِيرِ نِكَاحٍ بِلا وَلِيٍّ**) وقوله : (**فَلَوْ قَالَ : لا أُجِيزُهُ....إلخ**) هو متفق عليه كما قدم .

وَالْحُكْمُ بِالْفَسْخِ لِمُعَـارِضٍ اجْتِهَـادِيٍّ لا يَقْتَـضِي الْفَسْخَ إِذَا تَجَـدَّدَ السَّبَبُ ثَانِياً ، بَلْ يَكُونُ مُعَرَّضًا لِلاجْتِهَاد كَفَسْخِ النِّكَاحِ بِرَضَـاعِ الْكَبِيرِ ، وَنِكَاحِ امْرَأَةٍ فِي عِدَّتِهَا وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ كَمَا لَوْ فَسَخَ نِكَاحاً مَعَ بَيْعٍ أَوْ مَعَ إِجَارَةٍ

يعـني : أن الحكم بالاجتهاد لا يكون كليا بـل هو جزئي ، ولا يتعدى الصورة التي هي محل حكمه ، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتـعلق إلا بالجزئيات ؛ لأن معظم ما ينظر فيه القاضي يحتاج فيه إلى بينة ، والبينة إنما تشهد بما رأته وشافهته ، وذلك جزئي ؛ فلهذا

إذا فسخ نكاحاً بين زوجين بسبب أن أحدهما رضع من أم الآخر - مثلاً - وهو كبير فالفسخ ثابت لا ينقضه أحد ، ولكنه إن تزوجها بعد ذلك فرفع أمرها إليه أو إلى غيره ممن ولي بعده لم يمنعه ذلك الفسخ أن يجتهد ويبيحها إذا أداه اجتهاده إلى أن رضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، وهكذا من تزوج امرأة في عدتها ورفع إلى مالكي يرى مع الفسخ تأبيد التحريم ففسخ النكاح فإن حكمه لا يتعدى الفسخ ، وأما تحريمه في المستقبل فمعرض للاجتهاد كغيره ، وله أن يبدل اجتهاده .

قوله : (وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ) أي : وهذه المرأة التي تزوجها وقد رضع معها ، أو في عدتها كامرأة أخرى تزوجها وقد رضع معها أو في عدتها ، فذكر أن هذه التي لم يتقدم فيها حكم تكون معرضة للاجتهاد كالتي فيها الحكم .

وقوله : (كَمَا لَوْ فَسَخَ نِكَاحاً مَعَ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ) أشار بهذا إلى أنه لا فرق بين أن يكون الخلاف خارج المذهب كما في الصورتين الأوليين ، أو في المذهب كما في النكاح مع البيع أو الإجارة .

وَيَجِبُ عَلَيْهِ نَقْضُ حُكْمِ نَفْسِهِ فِيمَا يَنْقُضُ فِيهِ حُكْمَ غَيْرِهِ ، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ رَأْيٌ فَحَكَمَ بِغَيْرِهِ سَهْواً ....

(فِيمَا يَنْقُضُ فِيهِ حُكْمَ غَيْرِهِ) يندرج فيه ما خالف القطع أو قامت البينة على أنه قصد الحكم بشيء فحكم بغيره سهواً .

وقوله : (وَفِيمَا لَهُ فِيهِ رَأْيٌ) هذه صورة ثالثة يختص بها في قضاء نفسه ، وهو أن يقصد الحكم باجتهاده أو بمذهبه فيحكم بغيره سهواً فإنه يتذكر ذلك وينقض حكمه الأول ، ولا يتصور ذلك فيمن تقدمه ؛ لأنه لا يطلع على غلط من تقدمه إلا بقيام البينة على ذلك .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه التسوية في وجوب النقض بين جميع صور هذه المسألة ، والذي قاله سحنون فيما له فيه رأي فحكم بغيره سهواً : أن له نقضه ، ولم يقل : يجب عليه نقضه ، وَرُدَّ بأن نص قول سحنون في [النوادر[1]][2] : إذا نسي ثم تذكره أنه يرجع

---

(١) في ط : النواد .

(٢) « النوادر والزيادات » (٨/ ٣٩١) .

فيه ، وكـذلك ذكره فضل في «مـختصره» ، وظاهره وجـوب النقض لقوله : وهذا يرجع فيه .

فَلَوْ حكَمَ قَـصْداً فَظَهر أَنَّ غَـيْرَهُ أَصْـوَبُ فَقَـالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُفْـسَخُ الأَوَّلُ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسحْنُونٌ : لا يَجُوزُ فَسْخُهُ ، وَصَوَّبَهُ الأَئِمَّةُ ....

لما ذكر ما ينقض فيه القاضي حكم نفسه باتفاق تكلم على المختلف فيه .

وقوله : (**فَظَهَرَ أَنَّ غَيْرَهُ أَصْوَبُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ**) هو ظاهر التصور ، وهكذا نسبه ابن محرز وغيره لابن القاسم .

ابن راشد : وهو المشهور ، وظاهر ما روي عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله : مَا فَتُّ الطِيْنَةُ عندي أهون من نقض قضاء قضيت به ثم رأيت الحق في خلافه .

وقال ابن الماجشـون وسحنون : لا يجوز فسخـه ، وصوبه الأئمة كابن محـرز وعياض وغيرهما من المتأخرين بوجهين : بالقياس على حكم غيره ، ولأنه لو نقض حكم نفسه في هذا لما كـان لأحد وثوق بحـكم ؛ لاحتـمال نقـضـه ، وتبع في نسـبة عـدم النقض لابن الماجشون وسحنون ابن عـبد الحكم ، لكن كلام سحنون وقع مطلقاً من غير تقـييد ، وقال مطرف وابن الماجشون : إنما ينقض حكم نفسه في هذه المسألة مادام والياً ، أما إن عزل ثم ولي مرة أخرى فظهر له الصواب في غير ما كان قضى به فلا ينقضه ، وتكون ولايته الثانية كولايـة غيره ، وتأول عـلى «المدونة» القولين اللذين ذكـرهما المصنف ، ولـيس ما نسـبه المصنف لابن القاسم بصريح في أصل «المدونة» ، وإن كان المصنف لم ينسبه إليها .

خليل : وقال عياض : وقوله في «المدونة» : إذا تبين للقاضي أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه حـمل أكثرهم مذهبه في الكتاب على أن له الرجـوع كيف كان ؛ مِنْ وَهْمٍ أو انتقال رأي ، وهو قول مطرف وعبد الملك .

وقال سحنون : ونقل أيضاً عن عبـد الملك أنه إنما يرجع فيما حكم به ذهلاً أو غلطاً لا فيما انتقل فـيه اجتهاده ، وهو أظهر وأقرب للصواب ، وإلا لما اسـتقر حكم حاكم ، وما كان أحد على وثيقة من الحكم ، انتهى باختصار .

ونقل أشـهب في «الموازية» : إن كان القـضاء بمال نقـضه ، وإن كان بإثبـات نكاح أو فسخه لم ينقضه .

ابن عبد السلام : وكلام المصنف بحسب ما تدل عليه صيغة أفعل يوهم أن محل الخلاف مقصور على ما إذا ظهر للقاضي أن ما حكم به أولاً صواب وأن غيره أصوب ، وأنه لو ظهر له أن ما حكم به خطأ لنقضه بالاتفاق ، وليس كذلك ، بل المسألة مفروضة في الرواية إذا ظهر له أن الحق في غير ما حكم به ، ولو أخذ من هذا الكلام أن الحكم في مسألة المؤلف عدم النقض لَمَا بَعُدَ ، انتهى .

وفيه نظر ؛ فقد قال صاحب «البيان»(١) : إذا حكم باجتهاد ثم رأى خلافه فالمشهور من المذهب أن القاضي إذا قضى بقضاء ثم رأى ما هو أحسن منه فإنه ينقضه ويرجع إلى ما رأى مادام على ولايته ، وعلى هذا فالخلاف في الصورتين .

وَلا يُمْضِي فَسْخَ حُكْمِ غَيْرِهِ حَتَّى يُبَيِّنَ وَجْهَ فَسْخِهِ اتِّفَاقاً ، وَفِي فَسْخِ حُكْمٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ تَبْيِينٍ قَوْلانِ ....

يعني : أنه إن فسخ حكم غيره فالاتفاق على أنه لابد من بيان وجه الفسخ ؛ دفعاً للظنة عنه في حق القاضي المتقدم ، ولحق المحكوم عليه أولاً ، وهكذا حكى ابن حبيب الاتفاق، وفي اشتراط بيان وجه الفسخ في حكم نفسه قولان :

أحدهما : اشتراطه دفعاً للتهمة اللاحقة للقاضي من جهة الحكم له أولاً .

والثاني : عدم الاشتراط لضعف التهمة ، لأن النفس مجبولة على دفع الخطأ عنها ، وهو قول أصبغ ، قال : إشهاده على الفسخ كاف إذا كان مأموناً ، ولكن لو قال مع هذا: قضيت للآخر لم يجز قضاؤه لعدم استيفاء الآجال والجرح والحجج ، وعادا جميعاً إلى رأس أموالهما .

وَلا يُحِلُّ الْقَضَاءُ حَرَاماً كَمَنْ أَقَامَ شُهُودَ زُورٍ عَلَى نِكَاحِ امْرَأَةٍ فَحُكِمَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَكَمَ الْحَنَفِيُّ لِلْمَالِكِيِّ بِشُفْعَةِ الْجِوَارِ ....

أي : لا يحل حراماً في الأموال ولا في الفروج ولا غيرهما ، والمثال الذي قاله المصنف: (**كَمَنْ أَقَامَ شُهُودَ زُورٍ**) ظاهر ، وكما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ففرق القاضي بينهما وانقضت عدتها ، فلا يجوز للشاهد أن يتزوجها ، وبقولنا قال جمهور العلماء ، ووافقنا أبو حنيفة في الأموال وخالف في الفروج ، ورأى أن القضاء

(١) « البيان والتحصيل » (٨/ ٢٣١) .

يحلها ، وبه قال كثيـر من أصحابنا فيما حكاه ابن عبد البـر ، وعلى هذا فالأموال مجمع عليـها ، لكن وقع في المذهب قـول فيـمن شهد عـلى رجل أنه أعتق عـبده فرد القاضي شهـادته، ثم اشتـراه ذلك الرجل الشـاهد - أنه لا يعتق عليـه ولو تمادى على إقراره بـعد الشراء ، وكـذلك من اشترى أمة واخـتلف مع البائع بوجه من الوجوه المؤدية فـي اختلاف المتبايعين إلى فسخ البيع ورجعت الأمة إلى البـائع - أنه يجوز له وطؤها ، وفيها اعتذارات ضعيفة مع أن الأمر يؤدي فيها إلى خلاف الإجماع ؛ لأن ذلك في الأموال .

ودليل الجمـهور ما رواه مالك وغـيره أنه عليه السـلام قال : «**إنما أنا بشـر ، وإنكم تختـصمون إلي ، فـلعل بعضكم أن يكون ألحن بحـجته من بعض فـأقضي له على نحـو ما أسمع منه فمن قضيـت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيـئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار**»(١) والحديث عام في الفروج وغيرها .

وما ذكره من قوله : (**وَكَذَلِكَ لَوْ حَكَمَ الحَنَفِيُّ...إلخ**) ظاهر التصور ، ونقله ابن محرز عن ابن الماجشون فقال : وإن كان حكم باجتهاد وحكم بقول شاذ فذهب ابن الماجشون إلى فسخ حكمـه ، ومثل ذلك : الحكم بالشـفعة من الجـار ، وتوريث ذوي الأرحام ، وترك الحكم بالشاهد واليمين .

قال : وخلاف أهل العراق في هذا ظاهر ، وهي من المسائل التي شرع فيها الاجتهاد ، وقد ذهب جماعة إلى توريث ذوي الأرحام من الصحابة والتابعين ، ولا أدري ما هذا .

وقد ذكر ابـن حبيب عن ابن عبـد الحكم أن القاضي إذا حكم بخلاف كائناً مـا كان أنه يمضي ولا يُرد ، وهذا هو الصواب ، وكذلـك استشكل ابن عبد السـلام النقض في مسألة شفعة الجـوار ، قال : لأنَّ مَا تَقَدَّمَ الظاهِرُ فيه مخـالف للباطن ، ولو علم القاضي بكذب الشهود لما حكم بهم إجماعاً ، بخلاف مسألة الشفـعة فإنها مختلف فيها ، وحكم القاضي يرفع الخلاف فيكون كـالمجمع عليه ، وما هذا سبـيله يتناول الظاهر والباطن ، والذي قلناه هو ظاهر كلام السيـوري في بعض مسائله قال : وعلى هذا لو غصب غاصب شـيئاً فنقله عن مكان الغصب وكان مما اختلف فيه هل يفـوت بنقله أم لا ؟ فقضى القاضي لربه بأخذه وكان مذهب ربه أنه يفوت وتجب فيه القيمة فينبغي على هذا أن لا يكون لربه التصرف فيه .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٣٤) ومسلم (١٧/٣) من حديث أم سلمة - رضي الله عنها -.

وذكر المصنف في أصوله في الاجتـهاد : لو قال مجتهد شافعي لمجـتهدة حنفية : أنت بائن ، ثم قال : راجعتك - أنه يرفع إلى الحاكم فـيتبع حكمه ، وهذا يدل على أن حكمه يرفع الخلاف .

وَإِذَا أَشْكَلَ عَلَى الْحَاكِمِ أَمْرٌ تَرَكَهُ ، قَالَ سَحْنُونٌ : لا بَأْسَ أَنْ يَأْمُرَ فِيهِ بِالصُّلْحِ ، وَلا يَحْكُمُ بِالتَّخْمِينِ ؛ فَإِنَّهُ فِسْقٌ وَجَوْرٌ ....

قد يشكل على الحاكم كلام الخـصمين من جـهة تصوره ؛ فـيأمرهمـا بالإعادة ليـفهم عنهما، وقد يفهم عنهمـا ويشكل عليه وجه الحكم - وهذا هو الذي تكلم عليه المصنف - فلا يحـل له الإقدام على الحكم باتفـاق ، وإذا لم يحل للمفـتي أن يجزم بما يفـتي به هنا فأحرى القاضي ؛ نعم المفتي قد يرشد إلى الأخذ بالأحوط بخلاف الحاكم ، ثم للحاكم أن يصرفهما عنه ، وله أن يرشدهما إلى الصلح .

ابن عـبد السـلام : والأقرب إن كان هناك قاض غيره أن يصرفـهما إليه ؛ لاحتمال ألا يشكل عليه الحكم ، وإن لم يكن غيره أمرهما بالصلح إن كان من الأحكام التي يتأتى فيها الصلح .

وإذا ظهر للقاضي وجه الحكم فلا يدعـو إلى الصلح إلا أن يرى لذلك وجهاً ، مثل أن يرى أن الحكم يوقع فتنة وتهارجاً .

قـوله : (**وَلا يَحْكُمُ بِالتَّخْمِينِ ؛ فَإِنَّهُ فِسْقٌ وَجَوْرٌ**) نحوه لابن محـرز ، قال : ويفسخ ذلك الحكم هو وغيـره إذا ثبت عند الغيـر أنه يحكم على ذلك ؛ وظاهر كلامـه أنه يفسخ وإن طابق الحق ، ونحوه لابن خويز منداد ، لكن تَعـقبَ القابسيُّ قَولَهُ ورأى أن يمضي من أحكام الجاهل ما وافق الصواب ، وظاهر كلام بعضهم أنه متفق على ذلك .

الجوهري : والتخمين : القول بالحدس .

وَلا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ مُطْلَقاً ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْمُخَاصَمَةِ فَقَوْلانِ

أي : لا يحكم القاضي بعلمه لئلا ينسب إلى الميل ، ولقوله عليه السلام : «**فأقـضي له على نحو ما أسمع**»(١) ولقوله ﷺ في حديث هلال بن أمية لَمَّا لاعَنَ زوجته : «**إن جاءت**

---

(١) تقدم تخريجه .

به على صفة كذا فهو لهلال ، وإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك ابن سحماء» فجاءت به على النعت المكروه ، فقال ﷺ: **«لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»**(١) .

وقوله : (**مُطْلَقاً**) أي : سواء علمه قبل ولايته أو بعدها ، علمه في مجلس قضائه أم لا سواء الحدود وغيرها ، ثم استثنى من الإطلاق صورة مختلفاً فيها بقوله : (**إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْمُخَاصَمَةِ فَقَوْلاَنِ**) .

والمشهور أنه لا يحكم بعلمه أيضاً ، وقال مطرف وابن الماجشون وسحنون : يقضي بما علمه في مجلسه ، ولذلك جلس .

ووقع في بعض النسخ : (**وَلا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ مُطْلَقاً ، ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونٌ : إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْمُحَاكَمَةِ**) وهو أحسن .

واختلف هل يشهد بما سمع منهما عند غيره ؟ فقيل : لا يشهد به ، وقيل : بل يشهد به .

ابن محرز : وهو الصواب ؛ لأنه أمرٌ عَلِمَهُ فلا يحكم به ، ويشهد به عند غيره كسائر الحقوق ، والقولان لمحمد .

وعلى القول بقبولهما فقيل : يرفع لمن هو فوقه لا لمن هو دونه ، وإليه ذهب سحنون لقوله في السلطان الأعظم الذي ليس فوقه سلطان : إذا رأى أحدٌ هذا حداً لا يقام أبداً ، وأراه هدراً ، وقيل : يجوز الرفع لمن هو دونه .

وظاهر «المدونة» أنه لا يرفع لمن هو دونه إلا السلطان الأعظم الذي ليس فوقه سلطان للضرورة ، وكذلك قال بعضهم : إن مذهب «المدونة» التفصيل ، ففي المسألة ثلاثة أقوال.

فَلَوْ حَكَمَ بِعِلْمِهِ فِي غَيْرِهِ فَفِي فَسْخِهِ قَوْلانِ ، وَأَمَّا مَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَجْلِسِ الْخُصُومَةِ فَحَكَمَ بِهِ فَلا يُنْقَضُ

أي : في غير مجلس حكمه ، والقول بالفسخ لابن القصار ، ونحوه في «الموازية» ، قال : إن حكم بما عنده من الشهادة قبل أن يلي ، ثم ولي غيره نقضه .

التونسي : ينقصه هو وغيره .

(١) أخرجه البخاري (٤٤٧٠) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - .

ابن راشد : وهذا القول هو الأصل ، والقول بعدم الفسخ حكاه ابن القصار عن بعض الأصحاب .

ابن عبد السلام : وهو الظاهر مراعاة لقول من أجاز له الحكم بعلمه مطلقاً كأبي حنيفة وغيره ، وأما ما أقر به في مجلس الخصومة فحكم به فلا ينقض ؛ أي : بالاتفاق ، لكن ظاهر كلامه أنه لا ينقضه هو ولا غيره ، والذي في «الموازية» : ولو حكم بما أقر به في مجلس القضاء ثم ولي غيره لم ينقضه ، وأما مادام هو قاضياً فينقضه .

فَلَوْ أَنْكَرَ بَعْدَ إِقْرَارِهِ فَقَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ : لا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسحْنُونٌ : يَحْكُمُ ....

فهذا هو الخلاف الذي استثناه بقوله : (**إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْمُخَاصَمَةِ**) فهو تكرار .

فَلَوْ أَنْكَرَ أَنَّهُ أَقَرَّ بَعْدَ أَنْ حَكَمَ لَمْ يُفِدْهُ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَفِي «الْجَلابِ»: إِذَا ذَكَرَ الْحَاكِمُ أَنَّهُ حَكَمَ فَأَنْكَرَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلا بِبَيِّنَةٍ عَلَى حُكْمِه ....

يعني : فلو أقر أحد الخصمين فحكم عليه القاضي مستنداً لإقراره مضى ذلك الحكم ، ولا يفيد الخصم إنكاره بعد حكم القاضي ، هذا بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن الإنكار فيها قبل تمام الحكم، وقوله : (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) هكذا صرح اللخمي بمشهورية هذا القول وعبر عنه المازري بالمعروف ، وشرط في ذلك أن يكون القاضي باقياً على ولايته ، وجعل اللخمي والمازري ما في «الجلاب» مقابله ، وأشار ابن عبد السلام إلى أن كلام ابن الجلاب ليس نصاً في المخالفة ؛ لأن مسألة المشهور أن يخالف الخصم في الحكم ، وإنما خالف في سببه وهو الإقرار بخلاف مسألة «الجلاب» فإن الخصم نازع فيها في أصل الحكم ، ولو عرضت مسألة المشهور على ابن الجلاب لاحتمل أن يوافق على المشهور ، قال : ولهذا لم يكتف المصنف بذكر المشهور عن ذكر مقابله ، بل ذكر ما في الجلاب لينبه على ذلك .

خليل : وهو وإن كان كلاماً ظاهراً إلا أنه خلاف ما فهم اللخمي والمازري وغيرهما .

المازري : والأصل الأول ؛ لأن الحاكم إذا كان باقياً على قضائه فله أن يقول الآن مستأنفاً لإيقاع الحكم : أشهدوا على أني قضيت على هذا لهذا بكذا بعد أن استقصيت الواجب ولا يمكن المحكوم عليه أن يتلقاه بالمدافعة ، وكأن الذي في «الجلاب» بناه على حماية الذرائع ورأى أنه من باب حكم القاضي بعلمه .

فَلَوْ حَكَمَ بِأَمْرٍ وَنَسِيَ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ أَمْضَاهُ عَلَى الأَصَحِّ كَمَا يُمْضِيهِ غَيْرُهُ اتِّفَاقاً....

قال القاضي عبد الوهاب(١) : إذا وجد القاضي في ديوانه حُكْماً بخطه ولم يذكر أنه حكم به لم يعتمد على خطه ؛ لاحتمال التزوير ، ولو شهد به شاهدان عنده أمضاه على الأصح، وهو قول مالك ، ومقابل الأصح لا يمضيه ، وحكاه أبو عمر أيضاً رواية ، وبمقابل الأصح قال أبو حنيفة والشافعي ، واحتج للأصح بما أشار إليه المصنف أنه حكم شهد به شاهدان ؛ فوجب على من رفع إليه من القضاة تنفيذه ؛ أصله لو رفع إلى قاض غيره ، وفرق بأن أحكام غيره لا يتوصل إلى معرفتها إلا بالنقل بخلاف أحكامه فإنه يعلمها من جهة نفسه ، والغالب أنه يعلمها بحيث لم يعلم دل على ريبة فيمن نقله ، وألغى هذا الفرق لأن الحاكم قد تكثر أحكامه فينسى فتدعو الضرورة إلى الرجوع فيها إلى الظن ، واحتج لمقابل الأصح بالقياس على الشهادة ، فإنه لو شهد عدلان بأن فلاناً شهد بكذا وأنكر فلان أو لم يذكر فإنه لا يعمل بشهادتهما ، وفرق بأن الشاهد متعبد بأن لا يشهد إلا بما يعلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَا شَهِدْنَا إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ [يوسف:٨١] بخلاف الحاكم فإنه يبني على شهادة غيره ، وهي إنما تفيد غالباً الظن .

تنبيه :

تقييد المصنف الحكم بالنسيان موافق لصاحب «التلقين»(٢) و «الجواهر»(٣) ، ومفهومه أنه لو لم يَنْسَ بل كان مُنْكِرا أنه لا يمضي ؛ لأن الإنكار أشد ، لكن هذا المفهوم غير معمول به ، فقد نقل صاحب «الجواهر» في آخر كلامه ما يخالفه فقال : قال ابن حبيب : أخبرني أصبغ عن ابن وهب عن مالك في القاضي يقضي بقضاء ثم ينكره فيشهد عليه به شاهدان- فلينفذ ذلك ، وإن أنكر الذي قضى به معزولاً كان أو لم يعزل ، ولذلك فرض ابن الجلاب(٤) المسألة في الإنكار .

---

(١) « الإشراف » (٥/ ٢٤) .

(٢) « التلقين » (٢/ ٥٣٢) .

(٣) « الجواهر » (٣/ ١٢٤) .

(٤) « التفريع » (٢/ ٢٤٢) .

وَلْيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الْمَجْلِسِ وَالنَّظَرِ وَالسَّلامِ وَالْكَلامِ وَغَيْرِهِ مُطْلَقاً ، وَقِيلَ : لَهُ رَفْعُ الْمُسْلِمِ عَلَى الذِّمِّيِّ ....

الأول ظاهر المذهب وهو ظاهر رسالة عمر ، وهو لمالك ، **والثاني** له أيضاً .

المازري : وإذا دخل الخصمان فهو بالخيار إن شاء سكت عنهما حتى ينطق أحدهما فيستدعي الجواب من الآخر ، وإن شاء سألهما جميعا بلفظ التثنية فيقول : ما لكما ؟ وما حاجتكما ؟ أو ما في معني ذلك ، ولا يخص أحدهما بالسؤال فيقول : ما لك ؟ لأن ذلك يشعر بعناية القاضي به .

فائدة :

رأيت أن أذكر هنا رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما ؛ فإنها أصل فينبغي حفظها والاعتناء بها وهي :

«**بسم الله الرحمن الرحيم**

مِنْ عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس ، سلام الله عليك ، أما بعد ؛ فإن القضاء فريضة محكمة ، وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَة ، فافهم إذا أدلي إليك ، وأنفذ إذا تبين لك ؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ؛ حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أَحَلَّ حَرَاماً أو حَرَّمَ حَلالاً ، ولا يمنعك قضاء قَضَيْتَهُ اليوم فراجعت فيه عقلك وعدت فيه لرشدك - أن ترجع إلى الحق؛ فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي على الباطل ، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سُنَّة ، ثم اعرف الأشباه والأمثال فَقِسْ الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق ، واجعل لمن ادَّعَى حقاً غائباً أو بَيِّنَةً أَمَدًا ينتهي إليه ، فإن أحضر بينة أخذت له بحقه ، وإلا أوجبت عليه القضاء؛ فإنه أنفى للشك وأبلغ للعذر ، الناس عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حَدٍّ ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظَنِّينًا في ولاء أو نسب ، فإن الله قد تولى منكم السرائر ، ودرأ عنكم بالبينات والأيمان ، وإياك والقلق والضجر والتأذي للخصوم في المجالس ؛ فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن عليه الذخر ، فمن خلصت نيته وأقبل

على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله ، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخـزائن رحمته ، والسلام»، وفي بعض هذه الألفاظ اختلاف بين الرواة والكل متقارب .

وَإِذَا سَكَتَ الْخَصْمَانِ أَمَرَ الْمُدَّعِيَ بِالْكَلامِ ، فَإِذَا انْتَهَى طَالَبَ بِالْجَوَابِ ، فَإِنْ أَقَرَّ فَلِلْمُدَّعِي الإِشْهَادُ عَلَيْهِ ، وَلِلْحَاكِمِ التَّنْبِيهُ عَلَيْهِ

قد تقدم أن القاضي مخير إذا حضـر بين يديه الخصمان في السكوت ، أو يقول لهما : ما بالكما ؟ ثم إذا علم الحاكم المدعي أو اتفقا عليه أمره الحاكم بالكلام .

أشـهب : ويسكت المدعى عليه حتى ينتهي المدعي ، ثم يأمره بالسكوت ويستنطق الآخر، وهو معنى قوله : (**فَإِذَا انْتَهَى**) أي : المدعي - طالب القاضي المُدَّعَى عليه بالجواب .

وظاهر قوله : (**طَالَبَ**) أن للقاضي أن يسأل المدعى عليه وإن لم يقل المدعي : سله .

المازري : وهو ظاهر الروايات ؛ لأن شاهد الحال يغني عن هذه الزيادة ، فإن أقر ؛ أي: المدعى عليه فللمدعي الإشهاد عليه لئلا ينكر .

وظاهر قوله : (**وَلِلْحَاكِمِ**) التخيير ، وفي «النوادر»[1] عن ابن عبد الحكم : وإن أقر له المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه لئلا ينكر ، وإنما كان للقاضي التنبيه على الإشهاد ولم يكن من تلقين لأحد الخصمين لأن الإشهاد مع ما فيه من تحصين الحق فيه قطع النزاع وتقليل الخصام ، وذلك من شأن القضاة .

فَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ : أَلَكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَإِنْ قَالَ : لا وَاسْتَحْلَفَهُ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُـهُ عَلَى الأَشْهَرِ إِلا أَنْ يَظْهَرَ عُذْرُهُ مِنْ نِسْيَانٍ أَوْ غَيْرِهِ ....

لما كان للمدعى عليه حالتان : إقرار وإنكار ، وقدم الكلام على الأولى - أتبعه بالكلام على الثانية ، فإذا أنكر سأل القاضي المدعي : ألك بينة ؟ فإن قال : نعم أمره بإحضارها وسمع منها وأعذر فيها لخصمه ، فإن لم يظهر مدفعاً حكم عليه ، وإن ادعى مدفعاً أَجَّلَهُ في إثباته ، فإن لم يأت به وإلا قضى عليه .

وإن قال : لا بينة لي أخبره القاضي أنه ليس له إلا يمين المطلوب ، فإن استحلفه فحلف

(١) « النوادر والزيادات » (٨/ ٤٦) .

ثم أتى المدعي ببينة ؛ فإن كان له عذر في تأخيرها من نسيان أو عدم تقدم علم أو ظن أنها ماتت أو بعدت وشبه ذلك قبلت ، ولابد من يمين المدعي على دعوى نسيان البينة أو غيره مما يدعيه .

قال ابن الماجشون في «الواضحة» : فإن لم يكن له عذر فالأشهر أنه لا تسمع البينة ، وهو قوله في «المدونة» في كتاب الشهادات ؛ لأنه نفاها وأدخل خصمه عهدة اليمين ، ومقابله لمالك أيضاً من رواية ابن نافع وقاله أشهب ؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه : **البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة**(١) .

تنبيه :

قال المازري : الأصل أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إلا بإذن من المدعي ، إلا أن يكون من قرينة الحال ما يدل على أنه أراد من القاضي ذلك ، وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلاً ادعى على آخر ثلاثين ديناراً فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي، فقال الطالب: لم آذن في هذه اليمين ولم أرض بها، فلابد من إعادة اليمين ، فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله الثلاثين ديناراً؛ كراهة أن يكلفه إعادة يمين قضى عليه بها .

وَإِنْ تَنَازَعَا فِي الابْتِدَاءِ فَالْجَالِبُ إِنْ عُلِمَ وَإِلا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا

فإن تنازعا في تعيين المدعي فقال كل منهما : أنا المدعي قدم الجالب ؛ لأن قرينته تدل على صدقه ، وإن لم يعرف الجالب فقال ابن شعبان : إن اصطلحا على تقديم أحدهما ، وإلا أقرع بينهما .

المازري : وهو الأظهر .

وقال محمد بن عبد الحكم : إذا لم يدر من جلب أو استعدى لم أبال بأيهما بدأ ، وإن كان أحدهما ضعيفاً أحب إلي أن يبدأ به .

وحكي ابن المنذر قولين آخرين :

أحدهما : أن يصرفهما حتى يصطلحا ، وَضَعَّفَهُ المازري ؛ لأنهما قد لا يصطلحان فيبقيان في المشاجرة .

وثانيهما: أنهما يتحالفان ، وَضَعَّفَهُ أيضاً بأنه يعود الكلام فيمن يبدأ بالحلف .

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن الكبري » (١٠/ ١٨٢) معلقا .

وفي بعض النسخ : (**فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ أَمَرَ بِالانْصِرَافِ ، فَمَنْ أَبَى إِلاَّ الْمُحَاكَمَةَ فَهُوَ الْمُدَّعِي ، فَإِنْ أَبَيَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا**) ونحوه في «الجواهر»[(١)] ، وهو في «الواضحة» لأصبغ ، إلا أنه لم يجعل في ذلك قرعة .

قال في «المجموعة» : وإن قال أحد الخصمين : أنا المدعي ، وسكت الآخر فإن للقاضي أن يسأل المدعى عليه إذا سكت الآخر عن إنكار قوله أنه هو المدعي ، قال : وأحب إلي ألا يسأله القاضي حتى يسلم له الآخر ذلك نُطقًا.

وَيَحْكُمُ بَعْدَ أَنْ يَسْأَلَهُ : أَبَقِيَتْ لَكَ حُجَّةٌ ؟ فَيَقُولَ : لا فَإِنْ قَالَ : نَعَمْ أَنْظَرَهُ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ لَدَدُهُ ، ثُمَّ هُوَ عَلَى حُجَّتِهِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ غَيْرِهِ

هذا هو الذي يسميه الفقهاء الإعذار ؛ يعني : ويحكم القاضي بعد أن يسأل المدعى عليه أبقيت لك حجة ؟ فيقول : لا ، فقوله : (**فَيَقُولَ**) منصوب بالعطف على (**يَسْأَلَهُ**) وكأن المصنف هرب بإفراد الضمير مما في «المدونة» من تثنيته ؛ لأن فيها : وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول : أبقيت لكما حجة ؟ فإن قالا : لا حكم بينهما ، ثم لا تقبل منه حجة بعد إنفاذه ، فاستشكل بأن الحجة إنما تطلب ممن توجه عليه الحكم ، وهو المدعى عليه ، ولهذا اختصر أبو محمد «المدونة» بإفراد الضمير ، لكن الجواب عما في «المدونة» أن الحكم تارة يتوجه على الطالب وتارة على المطلوب ؛ لأنه قد تَقْوَى حجة المدعى عليه وتضعف حجة المدعي، فيتوجه الحكم عليه بالإبراء أو بغيره فلابد من الإعذار أيضاً ، فلما كان مرة يعذر إلى هذا ومرة إلى هذا اختصر في الكلام وأتى بذلك في لفظ واحد ، هكذا قال عياض وغيره.

وقوله : (**فَإِنْ قَالَ : نَعَمْ**) أي : قال المدعى عليه : نعم لي حجة أنظره القاضي فضرب له أجلاً ، فإن تبين لدده ففي «الموازية» : يضرب له أجلاً غير بعيد ثم ينفذ الحكم، ولو ادعى بينة بعيدة كما لو قال : بينتي بالعراق أو بالمغرب قضى عليه ، ومتى حضرت بينته كان على حجته ويقوم بها عند هذا القاضي وعند غيره .

ابن يونس وغيره : وينبغي إذا ذكر أن له بينة بعيدة أن يكتب الحاكم في قضيته أنه ذكر أن له بينة بعيدة الغيبة ومتى حضر شهوده كان على حجته ، وقاله بعض القرويين .

---

(١) « الجواهر » (٣/ ١٢٤) .

تنبيهان :

أولهما : ما ذكره من أنه إذا ذكر أن له حجة وتبين لدده يقضي القاضي عليه هو التعجيز، قال غير واحد : ويصح التعجيز في كل شيء إلا خمسة : العتق والطلاق والنسب والأحباس والدماء ، وبه قال ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، وفيه خلاف .

ثانيهما : للموثقين في حد أجل الإعذار كلام ؛ ففي «وثائق ابن القاسم»: الآجال تختلف باختلاف الشيء المُدَّعَى فيه ، ففي ما عدا الأصول ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة تلوماً ، وفي الأصول الشهرين والثلاثة ، لا سيما إذا ادعى مغيب البينة ، وحينئذ يعجز ، وفيه خلاف ، وفي إثبات الديون ثلاثة أيام ، وفي الإعذار في البينات وحل العقود ثلاثون يوماً ، وللقاضي جمعها وبتفريقها جرى العمل .

وفي «الوثائق المجموعة» : يضرب في غير الأصول ثمانية أيام ، ثم ستة ، ثم أربعة ، ثم ثلاثة ؛ فيكون إحدى وعشرين يوماً ، قال : وليس يضرب لمن ذهب إلى استدفاع يمين واجبة عليه مثل الآجال المذكورة ، إنما يؤجل إذا زعم أن عنده ما يدفع اليمين الأجل القريب ثلاثة أيام ونحوها ؛ لأن قوله هذا محمول على اللدد ، والآجال في الأصول أوسع من الديون والحقوق ، وهي تختلف باختلاف أحوال المضروب .

وروى أشهب عن مالك في الرجل يُدَّعَى عليه في منزل بيده ، ويأتي المدعي ببينة عدل فيقول المدعى عليه : لي بينة ويسأل التأجيل فيضرب له الأجل الواسع الشهر والشهرين والثلاثة ، ويمضي الأجل ولا يحضر شيئاً ، ويذكر غيبة شهوده ، وتفرقهم ؛ هل ترى أن يَضْرِبَ له أجلاً آخر أم يقضي عليه ؟ فقال : أما الصادق المأمون الذي لا يتهم أن يدعي باطلاً فأرى أن يَمُدَّ له في الأَجَلِ ، وأما الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا أرى أن يُمكَّنَ من ذلك الأمد القريب ثم يقضي عليه بما يرى ، انتهى باختصار .

وفي «مفيد الحكام» : الأجل في الإعذار موكول إلى اجتهاد الإمام ؛ خمسة عشر يوماً، ثم ثمانية ، ثم ثلاثة تلوماً ، هذا في الأموال ، وفي غيرها ثمانية أيام ، ثم ستة ، ثم أربعة ، ثم ثلاثة .

وفي «أحكام ابن سهل»: فيمن شهد عليه بما يقتضي قتله فادعى عداوة بينه وبين القاضي تمنع حكمه عليه أنه يؤجل لإثباتها شهرين، اتفق على ذلك فقهاء قرطبة؛ فاعلمه.

وَإِذَا حَكَمَ بَعْدَ قَوْلِهِ : لا حُجَّةَ لِي فَأَتَى بِبَيِّنَةٍ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا فَفِي الْمُدَوَّنَةِ : لَهُ ذَلِكَ ، وَقِيلَ: عِنْدَهُ دُونَ غَيْرِهِ ...

يعني : وإذا حكم على المدعى عليه بعد أن قال : لا حجة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم يعلم بهـا - ففي «المدونة»(١) : لا تقبل من المطلوب حجـة إلا أن يأتى بما له وجه ، مثل بينة لم يعلم بها أو يكـون أتى بشاهد عند من لا يقضى بشـاهد ويمين ، وحكم عليه ، ثم وجد شاهداً آخر بعد الحكم وقال : لم أعلم به فليقض له .

وقـيل : إنما يكون له القيام بالبينة التي لم يعلم بـها عند هذا القاضي دون غيره ؛ لأن القيام بالبينة عند غيره شبـيه بنقض الحكم الأول ، وهو قول ابن المواز ، وقيل : لا يقبلها مطلقاً - لا عنده ولا عند غيره - لأنه أقر على نفسه أولاً بأنه لا حجة له .

وصرح في «البيان»(٢) : بأن المشهور إذا عجز المطلوب وقضى عليه أن الحكم يمضي ، ولا يسمع منه ما أتى به بعد ذلك ، وذكر في تعـجيز الطالب والمطلوب قولين ، وذكر ثالثاً بالقبول من الطالب دون المطلوب ، ورابعاً في الطالب إن عجزه في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عـمل ، وبين أن يعجزه بعـد أن وجب على المطلوب عمل ثـم رجع عليه ؛ أي: كما لو ادعى داراً وأقام بينة أنها لأبيـه وأثبت المطلوب الحيازة . . . ، ثم قال : وقيل هذا في القاضـي الحاكم دون من بعده من الحكـام ، وقيل : بل ذلك فيـه وفيـمن بعده ، وهذا الاختـلاف إنما هو إذا أعجزه القـاضي بإقراره على نفسـه بالعجز ، وأما إذا أعـجزه السلطان بعد التلوم والإعذار وهو يدعي أن له حجة ، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة ؛ لأن ذلك قد ورد من قوله قبل نفوذ الحكم ، فلا يسمع بعد نفوذه ، انتهى .

وفي «المدونة»(٣) في باب : القطع إثر المسألة المتقدمة ؛ أعني : إذا قالا : لا حجة لنا، وإن قال : قد بقيت لي حجة فَـأَمْهَلَهُ فلم يأت بشيء حكَمَ عليه ، فإن أتى بعد ذلك يريد أن ينقض ذلك لم يقبل منه إلا أن يأتي بأمر يرى أن له وجهاً .

ابن القاسم : مثل أن يأتي بشاهد عند من لا يقضي بشاهد ويمين ، وقال : لا أعلم لي

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٢٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٨/ ٢٣٣) .

(٣) « تهذيب المدونة » (٣/ ٢٢٧) .

شاهداً آخر فحكم عليه القاضي ثم وجد شاهداً آخر بعد الحكم فليقض بهذا الآخر ، ومثل أن يأتي ببينة لم يعلم بها ، وإلا لم يقبل منه .

ابن المواز : وإنما ذلك عندنا في القاضي نفسه ، فأما لو ولي غيره لم يكن له أن ينظر فيه ولا ينقضه .

وقال سحنون : لا يقبل القاضي بعد الحكم من المطلوب حجة وإن أتى بما له وجه .

بعض القرويين : وما في «المدونة» أشبه ، وفي «المجموعة» في الذي يقضى عليه ثم يجد بينة لم يعلم بها أن ذلك له وقد عزل القاضي ، أيقضي بها الثاني ؟ قال : نعم .

ابن يونس : وهو صواب كما لو قال : لي بينة غائبة بعيدة .

ابن عبد السلام : وانظر هذا الخلاف حيث يقول المحكوم عليه : بقيت لي حجة والمؤلف حكاه حيث يجيب بقوله : لا حجة لي ، انتهى ، وكلام المصنف يأتي على كلام ابن رشد؛ فانظر ذلك .

وَإِذَا تَزَاحَمَ الْمُدَّعُونَ فَالسَّابِقُ ثُمَّ الْقُرْعَةُ ، إِلا الْمُسَافِرَ وَما يُخْشَى فَوَاتُهُ

يعني : سواء كان الوقت لا يسع إلا بعضهم ، أو كان يسع الجميع ولكن كل واحد أراد التقديم - فيقدم الأول فالأول ، قيل : وينبغي أن يوكل من يعرف له الأول فالأول ، فإن لم يعرف الأول أقرع ، وصفتها أن تكتب أسماؤهم في رقاع ثم تؤخذ إحدى الرقاع بعد خلطها ، فمن وجد اسمه في تلك الرقعة قدم ، واستثنى المصنف المسافرين لضرورتهم بفوات الرفاق .

المازري : إلا أن يكثروا كثرة يلحق منهم المقيمين الضرر ، فيصار إلى القرعة .

بعض الشافعية : وإنما يبدأ الأول في حق واحد ، واختار المازري تقديمه في حقين إذا كان لا يطول ولا يضر بالجماعة ، كما لو خاصم الأول وطال خصامه معه ، قال : وربما كان خصام الاثنين كخصام واحد يطول معه الخصام .

وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرِدَ وَقْتاً أَوْ يَوْماً لِلنِّسَاءِ

هو ظاهرٌ تصوراً وتصديقاً ؛ خوفاً من الفتنة في اجتماعهن مع الرجال في المجلس .

المازري : وإن كانت شابة لها جمال ، ويخاف إن تكلمت أن يؤدي كلامها إلى شغف بها فإنها تؤمر أن توكل من ينوب عنها ، ولا يكون من حق الخصم أن يؤتى بها لمجلس

القضـاء ، وإن احتيج إلى أن يبعـث إليها وهي بدارها تخاطـب من وراء سترها من يبعـثه القاضي إليها ممن تؤمن ناحيته لشيخـوخته ودينه ، أو يكلفه الحكومة في أمرها فعل ، وقد حضرت الغامدية مجلسه عليه السلام ، وقال في المرأة الأخرى : «**واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها...**»(١) .

وَالْمُفْتِي كَذَلِكَ

أي : في التقديم بالسبقية ، زاد ابن شاس(٢) : وكذلك المدرس ، وجرت العادة بتقديم قارئ حديث رسول الله ﷺ على قارئ الفقه .

وَإِنْهَاؤُهُ إِلَى حَاكِمٍ بِالإِشْهَادِ وَالْمُشَافَهَةِ

المراد بالإنهاء التبليغ ؛ يعني : فتبليغ القاضي حكمه لحاكم آخر يكون بوجهين :

أولهما : أن يشهد شاهدان على تفصيل حكمه .

أشهب : ولا تفيد شهادتهما أنه كاتبه حتى يشهدا أنه أشهدهما عليه .

وقوله : (**بِالإِشْهَادِ وَالْمُشَافَهَةِ**) أي : ولا يكون بغيرهما ؛ فلا يكتفي في ذلك بالشاهد الواحد ، أو بالشهادة على أن الكتاب بخط القاضي ، أو أن الخـتم ختمه ، وما يفعله أهل زماننا من كتب القاضي خطه في العلامة والاكتـفاء بالشهادة على خطه دون إشهاد القاضي عليه خارج عن نصوص المتقدمين ، وإن كان وقع لسحنون وابن كنانة الاكتفاء بكتب أمنائه من أعراض البلد فـجعل ذلك بعض المتأخرين أصـلاً في قبول الإعلام إذا شـهد على خط القاضي ، وسيأتي ما استثني من ذلك في نواحي البلد ، وإلى هذا أشار بقوله :

فَالإِشْهَادُ يَكُونُ بِشَـاهِدَيْنِ مُطْلَقاً ، وَقَالَ سحْنُونٌ : وَبِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ إِنْ كَـانَ مِمَّا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَتُهُنَّ ....

(**مُطْلَقاً**) أي : في كل حق ، سواء كان الحق المحكوم به مما يثبت في أصله بشاهدين ، أو بشاهد وامـرأتين ، أو بشاهد وامرأة ، أو لا يثبت إلا بـأربعة كالزنى ، فلا يشـهد على النقل إلا أربعة .

قـوله : (**وَقَـالَ سـحْنُونٌ... إلخ**) تصوره ظاهر ، ولعل منشأ الخـلاف الاختلاف في

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) « الجواهر » (٣/ ١٢٥) .

الشاهد واليمين فيما ليس بمال ولكنه يؤول إلى المال .

وَاسْتُحِبَّ أَنْ تَكُونَ بِكِتَابٍ مَخْتُومٍ ، وَالْعُمْدَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ حَتَّى لَوْ شَهِدَ بِخِلافِهِ أَمْضَى...

بعض من تكلم هنا : وينبغي أن يقرأ : (اسْتُحِبَّ) لما لم يسمَّ فاعله ؛ لئلا يتوهم عوده على مالك ، ولم ينص على ذلك ، وما ذكره من الاستحباب نحوه في «الجواهر»(١) ، قال : ولو شهد بما فيه وهو مفتوح بغير ختم لجاز أيضاً .

ابن عبد السلام : ولا يظهر للاستحباب كبير وجه إذا كان المعتمد على ما قاله من الشهادة ؛ لأن القبول معها دائر وجوداً وعدماً ، وإنما يتصور ما ذكره المصنف من شهادة الشهود بخلاف الكتاب إذا أشهدهما على الحكم وأعطاهما الكتاب ولم يقرأه عليهما ، زاد ابن شاس(٢) بعد قوله : إنما يعمل بالشهادة ولو خالفت الكتاب إذا طابقت الدعوى .

فَلَوْ قَالَ : أَشْهَدْتُكُمَا عَلَى أَنَّ مَا فِي الْكِتَابِ خَطِّي أَوْ حُكْمِي ، فَرِوَايَتَانِ ، وَمِثْلُهُ لَوْ أَقَرَّ مُقِرٌّ بِمِثْلِهِ ....

هكذا حكى صاحب «المعونة»(٣) هاتين الروايتين .

ابن عبد السلام : والصحيح عندي منهما إعمال ما في الكتاب ؛ لأنهما أديا عنه ما أشهدهما به ، ولا معارض ، انتهى .

واحتج القاضي إسماعيل للإعمال بأنه عليه السلام دفع إلى عبد الله بن جحش كتاباً وأمره ألا يقرأه إلا بعد أن يسير ليلتين ، فإذا قرأه فليبلغ ما فيه .

وَوَجَّهَ المازري الرواية الأخرى بأنهم إذا لم يعلموا ما تضمنه فالشهادة بمضمونه شهادة بما لم يعلموا ، وضعفه بأن ما تضمنه على الجملة قد أقر به من أمرهم بالشهادة ، والعلم تارة يقع جملة وتارة يقع تفصيلاً .

ابن عبد السلام : وقوله : (**وَمِثْلُهُ لَوْ أَقَرَّ مُقِرٌّ بِمِثْلِهِ**) ظاهر أن فيه الروايتين ، وكلام ابن شاس أظهر في ذلك، والصحيح قبول هذه البينة ، وإنما يحفظ الخلاف في المذهب

---

(١) « الجواهر » (٣/ ١٤٧) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ١٤٧) .

(٣) « المعونة » (٢/ ٤٣٠) .

بالكراهة في شهادة الشاهد ، كذلك في الوصايا ؛ لاحتمال أن يكون فيها جور ، وحكى عبد الوهاب[١] روايتين فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً فقال : اشهدوا عليَّ بما فيه .

خليل : وعموم ما نقله القاضي يصحح الخلاف الذي أشار إليه المصنف .

وَتُؤَدَّى عِنْدَ مَنْ كُتِبَ إِلَيْهِ وَغَيْرِه

نحوه في «المدونة»[٢] لأن في باب الأقضية : وإذا كتب قاض إلى قاض فمات الذي كتب إليه الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه ، أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده فالكتاب جائز ، ينفذه من وصل إليه ، وإن كان إنما كتب لغيره .

أبو إسحاق : ولا ينبغي أن يسمي المكتوب إليه ، وإنما يقال : قاضي فلانة ، ابن الحاج وهو خلاف «المدونة» ؛ لقوله فيها[٣] : وإن كان إنما كتب لغيره .

المازري : ووقع لابن القاسم في قاضي مصر إذا كتب لقاضي إفريقية في القضاء على غائب بإفريقية فلقي المحكوم له المحكوم عليه بطرابلس أنه لا يحاكمه فيها ، وهذا يتأول على أن المحكوم عليه لا يعرف حيث لقيه خصمه ، وإنما يعرف بالبلد الذي كتب إلى قاضيه ، وإلى هذا أشار سحنون .

وَيُمَيِّزُ الْغَائِبَ بِاسْمِه وَنَسَبِه وَحِلْيَتِه وَحِرْفَتِه وَنَحْوِهَا مِمَّا يُمَيِّزُ بِه ، فَإِنْ وَافَقَهُ آخَرُ حَيٌّ أَوْ مَيِّتٌ لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَتَعَيَّنَ بِوَجْهٍ

إذا حكم القاضي على الغائب وطلب المحكوم له من القاضي أن يكتب له كتاباً بذلك إلى حاكم بلد المطلوب ليمشي به أو يرسله مع وكيل له - وجب على القاضي أن يجيب لذلك .

ويعين المحكوم عليه بكل ما يقع به التمييز من اسم ونسب وحلية وحرفة وشهرة وغير ذلك ، فإن لم يوجد بتلك البلد على تلك الأوصاف التي وقع التمييز بها إلا واحداً - فإن القاضي يؤمر بالكشف ثم يوجه الحكم عليه ، وإن وجد على تلك الصفة اثنان فأكثر ، لم يحكم على أحدهما إلا بتعيين البينة له أنه الذي أراده القاضي .

---

(١) « المعونة » (٢/ ٤٣١) .

(٢) « المدونة » (١٢/ ١٤٦) .

(٣) « المدونة » (١٢/ ١٤٦) .

واختلف إذا عين الطالب واحداً وطلبه بحميل حتى يأتي بالبينة ؛ فقال ابن القاسم في «المدونة»[1]: لا يُمكَّنُ مِنْ ذلك ، وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ : يُمكَّنُ إذا لم تؤمن غيبته ، ولم يكن من أهل البلد .

وإن ترك القاضي الكاتب التمييز ففي المذهب قولان :

أولهما : أن القاضي المكتوب إليه لا يعدي الطالب على صاحب الاسم المكتوب حتى يثبت الطالب أنه ليس بتلك الجهة من هو بهذه الصفة ، والاسم والشهادة في ذلك على العلم ، وهو دليل قول ابن وهب في سماع زونان .

وثانيهما : أن يعديه إلا أن يثبت صاحب هذا الاسم أن بالبلد من يوافقه في الاسم والصفة ، وهو ظاهر قول أشهب في سماع زونان ، وقول ابن القاسم في المدنية .

قوله : (بِوَجْه) وما يتعين به كأن يومت مُشَارِكُهُ في هذا الاسم قبل تاريخ هذا الدين .

وَالْمُشَافَهَةُ بِأَنْ يَكُونَا قَاضِيَيْنِ ببَلَد وَاحد ، أَوْ يَكُونَ كُلٌّ وَاحد في طَرَف ولايَته ، فَلَوْ كَانَ الْمَسْمَعُ فِي غَيْرِهَا لَمْ يُسْمَعْ ، وَلَوْ كَانَ السَّامِعُ فَهِيَ شَهَادَةٌ ، وَلا يَحلُّ لَهُ الْحُكْمُ بِهَا كَغَيْرِهَا....

هذا هو الوجه الثاني من وجهي الإنهاء .

وقوله : (بِأَنْ يَكُونَا قَاضِيَيْنِ بِبَلَد) هذا - والله أعلم - إذا عرض للأول عارض يمنعه من التمام كمرض ونحوه ، وإلا فللأول أن يتم الحكم ، وتردد المازري في هذين القاضيين ؛ أعني : إذا كانا ببلد واحد وأخبر أحدهما الآخر أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان كذا هل يكتفي بخبر القاضي أم لا؟ قال : فإن قلنا : إن هذا من القاضي كنقل عن شهادة فلا يكتفي هذا القاضي المخاطب بتعريفه أنهم شهدوا عنده بكذا ؛ لأن الشهود المنقول عنهم حضور ، ولا يصح نقل عن شاهد حاضر من غير عذر ، وإن قلنا : إن ذلك كقضية ؛ فإن القاضي الثاني ينفذ ما قاله الأول من غير أن يطلب إحضار الشهود ، وقد يقال : إذا قبلنا قول القاضي وحده فكذلك يصح نقله .

قوله : (أَنْ يَكُونَ كُلٌّ وَاحِد فِي طَرَف وِلايَتِه) وذلك إما بأن يكون لكل واحد جهة من البلد ، أو يكونا في جهتين متجاورتين .

---

(١) « المدونة » (١٢/١٤٦) .

(وَلَوْ كَانَ الْمَسْـمَعُ فِي غَيْرِهَا) أي : في غير ولايته **(لَمْ يُسْـمَعْ)** لأنه معزول في تلك الجهة ، فصار كقوله بعـد العزل : كنت حكمت بكذا وأجاز أهل طليطلة أن يخبر القاضي المحل بغير بلده قاضي البلد وينفذ حكمه .

ابن سـهل : ولو كان السامع للحكم في غير محل ولايته والْمسْمَعُ في محل ولايته ثم رجع السامع إلى محل ولايتـه لم يحل له أن يحكم بما سمعه في غيـر محل ولايته ؛ لأنه حـينئذ حـاكم بعلمـه ، وفي «أحكام ابن سهل» عن أصـبغ مـا ظاهره أن له أن يحكم ، وأجراه مجرى تنفيذ الأحكام في غير ولايته .

ابن عبد السلام : وانظر قول المؤلف : **(فَهِيَ شَهَادَةٌ)** فظاهره أن القاضي السامع لو طلب منه أن يؤدي مـا سمـعه من هذا القـاضي إلى قاض ثالث لكان ذلك له ويكون شـاهداً ، فيحكم بقوله مع يمين الطالب ، أو مع شـهادة شاهد آخر ، وفي هدا الأصل قولان : هل يكتفي بالشهادة بذلك أو لابد من السمـاع من القاضي من زيادة قوله : أشهد على بكذا ؟ ولو قيل : إنه لا يشهد في هذه الصورة من غـير خلاف لما بَعدَ ، فإن ذلك الخلاف إنما هو إذا أشهد القاضي شـاهدين على نفسه وحضر مجلسه اثنان غيـرهما فهل لهذين الاثنين أن يشهدا بما شهد به الأولان ؟ في ذلك قولان ، وفي هذه الـصورة لم يقصد القاضي المسمع إلى الإشهاد بوجه ، وإنما قصد إلى إعلام قاض آخر مشافهة ولم يتم الحكم بها ؛ فتأمله .

وَلَوِ اقْتصَرَ الأَوَّلُ عَلَى سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ وَأَشْهَدَ بذَلِكَ وَجَبَ بِذَلِكَ عَلَى الْمُنْهَى إِلَيْهِ الإِتْمَامُ مِنَ التَّعْدِيلِ وَالْحُكْمِ ....

أي : لو اقتصر القـاضي الأول على سماع البينة في بلده ولم ينظر في عدالـتها ، فعلى القاضي الثـاني النظر في عدالتـها والحكم بمقـتضاها ، وإن ثبت عند الأول الـعدالة حكم الثاني ، وليس قول القـاضي : ثبت عندي كذا حكماً منه بمقتـضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه ، وإنما ذكرنا هذا لأن بعض القرويين غلط في ذلك ، وألف المازري جزءاً في الرد عليه وجلب فيه نصوص المذهب .

وَأَمَّا الْكِتَابُ الْمُجَرَّدُ فَلا أَثَرَ لَهُ

أي : عند الإشهاد ، وهذا راجع إلى قوله : **(بِالإِشْهَادِ وَالْمُشَافَهَةِ)** .

قَالَ مَالِكٌ : كَانَ مِنَ الأَمْرِ الْقَدِيمِ إِجَازَةُ الْخَوَاتِمِ حَتَّى حَدَثَ الاتِّهَامُ فَأُحْدِثَتِ الشَّهَادَةُ...

هذا استدلال منه لما ذكر من أن الكتاب المجرد لا أثر له .

قوله : (**عَلَى إِجَازَةِ الْخَاتِمِ**) أي : ختم القاضي على كتابه .

ابن شعبان : وأول من أحدث الشهادة هارون الرشيد ، وقيل : أبوه محمد المعروف بالمهدي .

وفي «البخاري»[(١)] : إن أول من سأل البينة عن كتاب القاضي ابن أبي ليلى .

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ : كَذَلِكَ إِلا فِي الْقَرِيبِ كَأَعْرَاضِ الْمَدِينَةِ إِلَى قَاضِيهَا فِي الْحَقِّ الْيَسِيرِ فَإِنَّهُمْ بَقُوا عَلَى الاجْتِزَاءِ بِالْخَطِّ وَالْخَوَاتِمِ ، وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : إِلا فِي الْقَرِيبِ وَأَطْلَقَ ....

أي : وقال ابن كنانة : لا يكتفي بالخواتم ، وهو معنى قوله : (**كَذَلِكَ إِلا فِي الْقَرِيبِ**) ككتاب الأمناء بأعراض المدينة إلى قاضيها ، وهي قراها .

الجوهري[(٢)]: يقال : أخصبت أعراض المدينة ، والأعراض : قرى بين الحجاز واليمن ، وقيده بالحق اليسير ، ونص قول ابن كنانة في «النوادر»[(٣)] : والناس اليوم على أنه أرجاء من أعراض المدينة ، اجتزوا بمعرفة طابعه وخطه ، وجوابه إن كان في الحقوق اليسيرة .

(**وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ ابْنُ حَبِيبٍ : إِلاَّ فِي الْقَرِيبِ وَأَطْلَقَ**) أي : لم يقيد بالحقوق اليسيرة ؛ لأنه يؤمن مع القرب التعدي والتزوير .

مطرف وابن الماجشون وأصبغ : ولا بأس إذا كتب القاضي إلى القاضي في الشيء يسأله عنه من عدالة شاهد أو أمر يستخبره من أمر الخصوم أن يكون كتابه بغير شهود إذا عرف خطه ، ما لم يكن فيه قضية قاطعة وكتاب هو ابتدأه به فلا ينفذه إلا بعدلين ، قالوا : وأما كتابه إلى قاضي الجماعة أو إلى فقيه يسأله ويسترشده ويخبره ، فهذا يقبله إذا عرف خطه وأتاه به رسوله أو من يثق به ، إلا أن يأتيه به الخصم فلا يقبله إلا بعدلين .

---

(١) « صحيح البخاري » (٦/ ٢٦١٧) .

(٢) « الصحاح » (١/ ٤٦٢) .

(٣) « النوادر والزيادات » (٢/ ٢٠٦) .

وَيَجبُ عَلَيْه قَـبُولُ مَـا يردُ إلَيْه عَن الْحَاكم في الْمَـال وَالْقصَـاص وَالْعُقُوبَات وَالْعَـفْو وَغَيْـرهَا إنْ كَانَ أَهْلاً ، وردُّهُ إنْ كَانَ غَيْـرَ أَهْلٍ فَإنْ جهلَهُ قَـبلَهُ إنْ كَانَ منْ قُضَاة الأَمْـصَار ، وكَشَفَ عَنْهُ إنْ كَانَ منْ غَيْرهمْ ....

يـعني : لا فرق في الحقوق إذا انتهت إلى حاكم بـين المالية وغيرها ، إن كان القاضي الكاتب أهلاً ؛ أي : للقضاء ، بأن تجتمع فيه شروط الولاية .

(وَرَدُّهُ) مـعطوف على **(قَـبُولُ)** أي : ويجب رده إذا لم يكن القـاضي الأول أهلاً بأن تختل منه شروط القضاء أو بعضها .

(فَإنْ جَـهلَهُ.... إلخ) أي : فإن جهله المنهى إليه قـبله ؛ أي : المنهي إن كان من قضاة الأمصـار ؛ لأنه لا يستقضى في الأمـصار إلا من كان أهلاً للقـضاء ، وذلك واضح نص عليه أصبغ في «الواضحة» .

قَالَ ابْنُ الْمَـاجشُـون : الْعَملُ عنْدَنَا أَنْ تُسْمَـعَ الْبَيِّنَةُ حَضَـرَ الْخَصْمُ أَوْ لَمْ يَحْـضُرْ ، ثُمَّ يَعْلَمُ بهمْ؛ فَـإنْ كَانَ لَهُ مَدْفَعٌ وَإلا قُـضِيَ عَلَيْه ، ولَمْ يرَهُ سـحْنُونٌ إلا بمَحْـضَره إلا أَنْ يَكُونَ غَائباً غَيْبَةً بَعيدَةً ....

الذي ذكـره ابن الماجشـون هو مـذهب «المدونة» ، وهو أُجـري على أصل المذهب في القضاء على الغائب .

وقوله : **(ثُمَّ يَعْلَمُ بِهِمْ)** هذا لابد منه ، ويعذر إليه في شهادتهم .

أما لو شهدوا على إقـراره بمحضر القاضي فهل يعذر إليه فـيهم أم لا يعذر لكونه سمع إقراره معهم ؟ قولان : **الأول** لابن الفخار ، **والثاني** مذهب الأكثر ، وبه مضى العمل ، وقال صاحب «التحرير» : يعذر في كل الشهود إلا في خمسة .

أولها : هذا .

ثانيها : من وجهه الحاكم من قبل نفسه .

ثالثها : المزكي في السر .

رابعها : المبرز في العدالة ، والعمل على أنه يعذر فيه بالعداوة لا غير ،

خامسها : من قبلت شهادته بالتوسم .

خليل : وتزاد سادسة نقلت عن ابن بشير القاضي ، وذلك أنه حكم على وزير في قضية وهو غائب ، فقال له الوزير : أخبرني بمن شهد علي ، فقال له ابن بشير : مثلك لا يخبر بمن شهد عليه ؛ يعني : وإن كان نص في «المدونة»[١] أنه يخبر بمن شهد عليه وبالشهادة فلعل عنده حجة ، وإلا حكم عليه، وعلى هذا فيتخصص الكتاب بهذه الصورة .

ابن رشد[٢] : ولابد من تسمية الشهود في الحكم على الغائب على القول بأن الحجة ترجى له ؛ ليجد سبيلاً إلى رد القضية بتجريح الشهود ، هذا هو المشهور في المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وإن لم يسم البينة فالقضية مردودة ؛ تفسخ ويستأنف الحكم فيها ، وقاله أصبغ في «الواضحة» وغيرها ، وهو الصحيح على القول بأن الحجة ترجى له ، وأما الحكم على الحاضر فلا يحتاج إلى تسمية الشهود ؛ إذ قد أعذر فيهم إلى المحكوم عليه ، إلا أن تسميتهم أحسن .

أصبغ : وبذلك مضى العمل .

ابن أبي زمنين : وهو الذي عليه الحكام ، وأما الغائب والصغير فلابد من تسميتهم ، وقد روى سحنون أيضاً أنه لا يلزم ذلك في الغائب وأن ذلك أحسن ، وهو إنما يأتي على قول ابن الماجشون أن الغائب إذا حكم عليه لا ترجى له الحجة ، انتهى .

وَيَحْكُمُ بِالدَّيْنِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَتَمَيَّزُ غَالِباً بِالصِّفَةِ كَالْعَبْدِ وَالْفَرَسِ ، وَقِيلَ : مَا لَمْ يَدَّعِ الْحُرِّيَّةَ أَوْ يَدَّعيهِ ذُو يَدٍ ....

يعني : أن ما يحكم به إما أن لا يقبل التمييز قبل الحكم ، أو يقبله ؛ **فالأول** : لا يطلب ؛ إذ لا معنى لطلب ما يتعذر حصوله ، فتقول البينة مثلا : غصب له حديداً قيمته كذا .

والثاني : وهو ما يقبل التمييز لا يخلو إما أن يكون تحت يد منازع فيه وشبهه كدعوى العبد الحرية ، أو لا يكون كذلك ، والثاني لا يطلب حضوره ؛ لأن الأصل ألا يكلف مدعيه بينة ، بل يأخذه بالصفة والأمارة وما في معناهما ، والأول المشهور فيه الاكتفاء بالصفة ، والشاذ لابن كنانة .

---

(١) « المدونة » (١٢/١٤٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٩/٢٣٧) .

قال في «المجمـوعة» و«كتاب ابن سحنون»: فـأما من يدعي الحرية أو عبـداً أو قربة بيد رجل فلا يدرك ذلك بصفته في كتاب قاض حتى تراه الـبينة فيثبتونه ، ولم أسمع من قضى بذلك .

وَفِي الْعَقَارِ ثَالِثُهَا : فِي الْغَيْبَةِ الْبَعِيدَةِ كَمَا تَقَدَّمَ

هذا الكلام يوهم أنه فرع من المسألة التي قبله ، وليس كذلك ؛ لأن السابق هل يشترط حضـور المحكوم به لتشهـد البينة على عينـه أو لا ؟ وهذه المسألة إنما المراد بها هل يشـترط حضور المحكوم عليه ليستوفي حجته أم لا ؟

ابن عبد السلام : والقول بأنه يحكم عليه لعبد الملك ، والقولان الباقيان في «المدونة» ما لم تبعد الغيبة جداً مثل الأندلس وطنجة من المدينة فإنه يحكم عليه ، وهذا الخلاف إنما هو في الاستحقـاق وحده ، وأما بيع الربع في الدين على الغائب وشبـه ذلك من الحقوق فلا خلاف في المذهب أنه يباع عليه ببينة ، هكذا قال بعـضهم ، ووقع في «العتبية» خلاف في بيع الرباع في الدين ، انتهى .

وعلى هذا ففي حكاية المصنف الأقوال الثلاثة نظر ؛ لأن البعـيد جداً يحكم عليه ، قال بعضهم : بلا خلاف ، والقريب الغيبة كالحاضر ، ولم أر جميع الأقوال ، وسأذكر لك ما وقفت عليه ، وقد قسم ابن رشد[1] الغيبة إلى ثلاثة أقسام : قريبة ومتوسطة وبعيدة جداً أو غيبة انقطاع .

أما القريبة كاليومين والثلاثة والطريق مأمونة فالوجه أن القاضي إذا ثبت عنده قرب غيبته مع الأمن وهو من أهل علمه ، فإنه يكتب إلى قاضي البلد الذي هو فيه أو إلى عدلين من عدول ذلك الموضع ، ويعلمه بمن قام عليه وبما ادعاه وبما ثبت عنـده وبتسمية الشهود الذين قبلهم وبتسمية المعدلين لهم ، فإذا ثبت عنده إقراره بأن لا مدفع له ، أو ادعى مدفعاً وعجز عنه سجل عليـه وقضى عليه في الربع وغـيره ، ولا يختلف في ذلك ، ولا حجـة له بعد ذلك ، ولا يحكم عليه بشيء قبل الإعذار إليه .

والمتـوسطة كعشرة أيام ونحوها أو على مسيـرة يومين أو ثلاثة والطريق مخوفة فيحكم عليه فيما عدا الأصول ، وفيها قولان .

---

(١) « البيان والتحصيل » (٩/ ٢٣٨) .

قال في «المدونة»[١] في القسم : سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضي على الغائب في الدور [قال ابن القاسم :][٢]وهو رأيي ، إلا في الغيبة البعيدة مثل الأندلس وطنجة من المدينة، وما بعد فليقض عليه [السلطان][٣] ، وما علمت في هذا خلافاً ، وكذلك قال مالك في «الواضحة» وأنكر ذلك ابن الماجشون وقال : إنما يقول ذلك أهل العراق ، وعلماء المدينة وحكامها على خلافه ، وبه قال سحنون ، وحيث قضى عليه فإنه لا يعذر إليه ، وترجى له الحجة ، واختلف النقل عن سحنون هل ترجى له الحجة أم لا ؟ فذكر ابن رشد عنه أنه لا ترجى له ، وكذلك ذكر ابن الهندي ، والذي ذكره عنه في «الجواهر» أنه ترجى له .

وأما البعيدة كمكة من إفريقية والأندلس من خراسان فهذا يحكم عليه في كل شيء من الديون والحيوان والعروض والرباع والأصول ، وترجى له الحجة في ذلك .

ابن القاسم في كتاب القسم : ولا يقيم القاضي لغائب أو لطفل وكيلا يقوم بحجته .

أبو عمران : لأن الموكل تنقطع حجته بانقطاع حجة وكيله ، فلو وكل القاضي لهما لانقطعت حجتهما بانقطاع حجة الوكيل ؛ فكان تركهما على حجتهما أنفع لهما .

ابن عبد السلام : وظاهر ما ذكره ابن القاسم أنه سمعه عن مالك عدم القضاء على الغائب ولو بعدت غيبته ، وعلى هذا حمله بعضهم .

وَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائب بِالْبَيِّنَة وَالْيَمِين عَلَى عَدَمِ الإِبْرَاء وَالاسْتيفَاء وَالاعْتيَاضِ وَالإِحَالَةِ وَالاحْتيَال وَالتَّوْكِيلِ عَلَى الاقْتضَاء فيه وَفي بَعْضه ، وَقيلَ : وَإِنَّهُ بَاقٍ عَلَيْه إِلَى الآنَ ....

أي : يحكم على الغائب بالدين إذا قامت للطالب بينة أو حلف ، والقول الثاني من كلام المصنف يستلزم التكرار ؛ لأن قوله : (**إِنَّهُ بَاقٍ عَلَيْه إِلَى الآنَ**) يستلزم نفي الاحتيال والإبراء وغير ذلك ، وربما زاد الموثقون وغيرهم في فصول هذه المسألة : لم يسقط عليه من الدين شيء ، وعم هذه الزيادة بعضهم لضعف توجه دعوة الهبة على أحد القولين ، وكذلك عم الإبراء الذي ذكره المصنف ، وظاهر كلام المصنف أنه لابد من حلف الطالب ، وقد ذكر المازري فيها قولين للعلماء !

---

(١) « تهذيب المدونة » (٣/ ٣٤٨) .

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

أحدهـما : أن يمين الطالب واجبة على القاضي لا يصح الحكم إلا معها ؛ لأن القاضي يبرم القضية ويقول في حكمه : أوجبت على الغائب هذا الحق .

وثانيـهـمـا : أنه استظهار واحـتياط ، وعليه فـإن لم يحلف الطالب ووصل وكيله إلى المطلوب فادعى أنه قـضاه الحق فإنهـا مسألة فـيها إشكال ، ووقف فـيها حـذاق العلماء ، وعندنا فيها قولان :

أحدهما : أنه لا يلزم المحكوم عليه بتسلم الحق حتى يستحلف له الطالب للحق ، فيعود وكيله إليه حتى يتم الحكم باستحلافه من الطالب .

وقـيل : بل يلزم بدفع الحق وينصـرف هو يطلب يمين الغائب ؛ لأن هذا إن لـم يفعل وقفت الأحكام على الغائب ، ولم يعجزه أحد عن إيقافها بهذه الدعوى .

المـــازري : وهذا إنما يتصور إذا أثبت الحق على الغـائب مستحقه، وأمـا لو أثبته وكيل المستحق فإنه لا يطلب بهذه اليمين ويرجى الأمر فـيها إلى أن يدعيها الغائب إذا ورد الحكم عليـه ، وأما الميت والصبـي والمجنون فإنهم لا يقـضى عليهم بالديون إلا بعـد استـحلاف الطالب ، لكون الميت يستحيل منه قضاء الدين ، وكذلك الصبي والمجنون مادام الصبي في حال الطفولة ، والمجنون في حال جنونه ، انتهى .

وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ غَائِباً عَنِ الْبَلَدِ أَوْ مُتَوَارِياً أَوْ مُتَعَذِّراً

الإشارة بذلك إلى إنفاذ القضاء على الغائب ولم يحد مقدار الغيبة .

المـــازري : وهي مصروفة إلى الاجتهـاد ، ولم يرد الشرع بحد معلوم ، ووقع لسحنون الإعذار إلى من بصـقلية ، ووقع في رواية أخـرى أن الغائب يحكم عليه قـربت غيبـته أو بعدت ، إلا أن تقترب جداً .

وقوله : (**أَوْ مُتَوَارِياً**) أي : مستخفياً .

قال في «البيان» (١): إن تغيب بعد استيفاء حجته [وهرب](٢) فِراراً من القضاء عليه فإنه يقضى عليه ويعجزه كما لو حـضر ولا حجة له ، إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى

---

(١) « البيان والتحصيل » (١٩٢/٩) .
(٢) سقط من ط.

بحجة لها وجه بعد الحكم أنها تسمع ، وإن تغيب قبل استيفاء حجته تلوم له ، فإن لم يخرج قضي عليه من غير قطع حجته .

وذكر ابن شعبان أنه إذا توارى وأثبت الطالب حقه حكم عليه إن كان له مال ظاهر ، وإن لم يكن له مال ظاهر وثبت أنه في منزله فمنهم من يرى أنه يختم على بابه ويبعث رسولاً ثقة ومعه شاهدين ؛ ينادى بحضرتهما ثلاثة أيام ، كل يوم ثلاث مرات : يا فلان ابن فلان القاضي فلان يأمرك بحضور مجلس الحكم مع خصمك ، وإلا نصب لك وكيلاً فإذا نصب له وكيلاً وسمع البينة قضى عليه إلى أن يقدر على استخراج المال منه ، ومنهم من يرى أن يهجم عليه .

ومنهم من يرى أن يرسل عدلين ومعهما جماعة من الخدم والنسوان والأعوان فيكون الأعوان بالباب وحول الدار ، ثم يدخل النسوان ، ثم الخدم بغتة ويعزلن خدم المطلوب في بيت ويفتش المنزل .

وقوله : (أَوْ مُتَعَذِّراً) بالذال المعجمة ؛ يعني : كتمسكه بجاه ونحوه وفي بعض النسخ: (متعززاً) بزائين ، والمعنى قريب .

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ لَهُ بِالْبَلَدِ مَالٌ أَوْ حَمِيلٌ أَوْ وَكِيلٌ ، وَإِلا نُقِلَتِ الشَّهَادَةُ

يعني : أن ابن عبد الحكم قال : إنما يحكم على الغائب بشرط أن يكون له ببلد الحكم مال أو حميل أو وكيل ؛ يريد : لأنه إذا لم يكن ببلد الحكم أحد هذه الأشياء صار القاضي حاكماً على من ليس في ولايته ؛ فلذلك قال : وإلا تنقل الشهادة مع عدم هذه الأشياء لقاضي بلد المدعى عليه .

واختلف إذا كانت الدعوى في بلد والمدعى عليه في غيرها ؛ فقال عبد الملك : الخصومة والقضاء حيث يكون المدعي، وأقامه فضل من «المدونة» ، وقال مطرف : حيث يكون المدعى عليه .

مطرف : وبه الحكم في المدينة ، وبه حكم ابن بشير بالأندلس ، قاله أصبغ وسحنون .

ابن عبد السلام : واشتراط حضور الوكيل لا تظهر له كبير فائدة ؛ لأنه إن كان للمدعى عليه عند الوكيل مال فالمال وحده كاف ، وإن لم يكن له عنده مال فلا معنى لنزاعه معه ، اللهم إلا أن يكون الوكيل مفوضاً إليه يلزم الموكل إقراره عليه ، فحينئذ تظهر لذلك فائدة .

وَيُجْلَبُ الْخَصْمُ مَعَ مُدَّعِيه بِخَاتَم أَوْ رَسُول إِذَا لَمْ يَزِدْ عَلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى ، فَإِنْ زَادَ لَمْ يَجْلِبْهُ مَا لَمْ يَشْهَدْ شَاهِدٌ فَيُكْتَبُ إِلَيْه إِمَّا أَنْ يَحْضُرَ أَوْ يَرْضَى ....

لما تكلم على الحكم الغائب ، تكلم على حاضر وما في معناه فذكر أنه يجلب مع خصمه بخاتم أو رسول إذا كان على مسافة يُعْدَى عليه فيها ، ولم يحددها .

ابن عبد الحكم وابن حبيب : والقريب مثل أن يأتي ثم يرجع ويبيت في منزله والطريق مأمونة ، وحدد الباجي القرب في سجلاته بثلاثة أميال .

الجوهري(١) : والعدوى : طلبك إلى وَالٍ ليعديك على من ظلمك ؛ أي : ينتقم منه ، يقال : استعديت على فلان الأمير فأعداني عليه ؛ أي : استعنت به عليه فأعانني ، والاسم منه العدوى وهي : المعونة .

وقوله : (**فَإِنْ زَادَ لَمْ يَجْلِبْهُ مَا لَمْ يَشْهَدْ شَاهِدٌ....إلخ**) أي : شاهد بالحق ، هكذا هو منصوص لابن عبد الحكم ، وفي «وثائق ابن هشام» : لا يجلب من البعد خصماً ولا شاهداً .

سحنون في «العتبية»(٢) : والبعد ستون ميلاً .

وَلا يَلْزَمُ مَنْ يُزْرِي بِهَا حُضُورُ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ أَنْ تَحْضُرَ لِتَحْلفَ وَلَوْ كَانَتْ تَتَصَرَّفُ ، وَيَبْعَثُ الْحَاكِمُ مَنْ يُحَلِّفُهَا ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا لَهُ بَالٌ فَفِي الْمَسْجِد لَيْلاً ....

الأصل أن النساء كالرجال ، إلا أنه لما كان شأنهن الستر وفي تركه امتهان لهن لم يكلفن بالإتيان إلى مسجد الحاكم ، ويبعث الحاكم من يحلفها ، ولا مقال للخصم ؛ لأن الذي له - إحلافها لا امتهانها .

وقوله : (**وَلَوْ كَانَتْ تَتَصَرَّفُ**) نحوه في «الجواهر»، وفيه نظر ، ولا يتم ما قالا إلا إذا كانت تحلف في مجلس الحكم ، وأما إن كانت تحلف بغيره فلا يلزم من الإزراء بها في حضور مجلس الحكم الإزراء بها في حضور الجامع ، ثم هو خلاف ظاهر «المدونة» ؛ لأن فيها : وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد ، فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً ، وتحلف في اليسير في بيتها .

---

(١) « الصحاح » (١/٤٥٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٩/ ١٩٣) .

وأم الولد مثـل الحرة ، بخلاف المدبرة والمكاتـبة ؛ اللهم إلا أن يُحْمَلَ قـول المصنف : **(وَلَوْ كَانَتْ تَتَصَرَّفُ)** على أنها تتصرف ليلاً .

وفي «الطراز» عن المشاور : كل من تخرج من النساء بالنهار إلى خصام أو نزه أو مقابر وشبه ذلك تحلف بالنهار وإن خرجن مستترات ، وأما التي لا تحلف بالنهار ممن تختمر فلا تخرج في النهـار في شيء ، وقريب منه ذكـره ابن عبد السـلام فقال : الذي مـشى عليه العمل ربط هذا الحكم ؛ فمـن تخرج نهاراً في حوائجهـا تحلف في الجامع نهاراً ، ومن لا تخرج نهاراً تحلف في بيتها أو في الجامع ليلاً ، وهكذا قال بعض الأندلسيين .

قوله : **(وَيَبْعَثُ الْحَاكِمُ مَـنْ يُحَلِّفُهَا)** نص في «المدونة»[1] على أنه يكتفى بالواحد ، وهذا النعت إنما هو فيما لا بال له ، فإن كان له بال ففي المسجد ليلاً .

المازري : والمشهور أن المال الذي له بال ربع دينار .

وقال ابن المواز : بل أكثر منه مما له بال .

ابن محرز : وهو أشبه بظاهر الكتاب .

وَإِذَا مَسَّتْ يَتِيماً حَاجَةٌ وَلَهُ رِبَاعٌ فِي وِلايَةٍ أُخْرَى كَـتَبَ بِحَاجَتِهِ ، وَقُضِيَ بِبَيْعِ أَقَلِّهَا رَدا عَلَيْهِ وَتَنْفِيذِ ثَمَنِهِ ....

يعـني : إذا كان يتيم في ولاية قاض ، وله رباع في ولاية قاض آخر ، فإن قاضي بلده يكتب بحاله وحاجته ، ويطلب منه أن يبيـع من رباعه أقلها ردا عليه - والرد هو المنفعة - وينفذ الثـمن إلى القاضي الكاتب ، فتنفـيذه مخـفوض معطوف على بيع ، وقـد تقدم في الحجر الوجوه التي يباع فيها عقار اليتيم .

فروع :

الأول : إذا كانت المرأة خارجة عن ولاية القـاضي لم يجز له إنكاحها إلا إذا دخلت في محل ولايته ، نقله في «الجواهر»[2] .

الثـاني : للقاضي النظر في جميع الأشيـاء إلا في قبض الخراج ، ويختص القاضي أو موليه بأمور عشرة ؛ التقديم على الأيتـام ، والنظر في الأوصياء وأموال الغائب من القسمة

---

(١) « المدونة » (١٢/ ١٥٠) .

(٢) « الجواهر » (٣/ ١٥٠) .

عليه وغـيرها ، والأحبـاس المعقبة ، والطـلاق ، والتحجيـر ، والإثبات ، والتسـجيل ، والدماء ، والحدود ، والأنساب .

الثـالث : إذا قام عن الغائب محتسب في شيء تعدى فيه على الغائب أو أخذ له أو في عيـب أحدث عليـه في داره أو أرضه فـهل يمكن القاضي هذا القـائم من مخـاصمـة ذلك المتعدي أو لا ؟ خمسة أقوال :

أولهـا : أنه لا يمكن من ذلك إلا الأب والابن ومن له قـرابة قريبـة ، ثم إذا مكنه من المخاصمة فلا يخرج الملك من يد حائزه ، ولا يزيل العيب الذي أحدث ؛ لاحتمال أن يقر به الغائب أو يقر بأنه أعلم بما حـدث ، وإنما يشهد بذلك خوفاً من مـوت الشهود ثم ينظر الغائب ، ولو أقر من بيده العقار أو غيـره أنه للغائب أخرجه عنه وجعله بيد ثقة ، ويقطع العيب إن اعترف بإحداثه .

ثانيـها : أنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي ، قاله ابن القاسم أيضاً ، وذهب سحنون إلى أن القاضي يوكل من ينوب عن الغائب ، وهو أحد قولي ابن الماجشون وقاله أصبغ .

وثالثها : أنه يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة .

ورابعـها : أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصـومة إلا بتوكيل الغائب ، قاله ابن الماجشون ومطرف في «الواضحة» .

وخـامسـها : أن القريب والأجنبي يمكن من الخـصومة في العبـد والدابة والثوب دون توكيل؛ لأن هذه الأشيـاء تفوت وتحول وتغيب ، ولا يمكن من الخصومـة في غير ذلك إلا الأب والابن ، حكاه ابن حبيب عن مطرف .

وعلى القول بالتمكين فهل ذلك في القريب والبعيد ، أو في القريب خاصة ؟ قولان :

قال سحنون : في القريب الغيبة دون غيرها .

وقيل : في البعيد ، وهو الظاهر من رواية أشهب وقول ابن الماجشون .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

* * *